Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zwey und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1820.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Lib. XXII. Tit. IV.

De fide instrumentorum.

§. 1157.

Instrumentum, Urkunde. Verschiedene Bedeutung. Begriff, und Arten. Erläuterung der L. 1. 2. u. 3. dieses Titels.

Als die beyden Hauptbeweismittel werden in den Römischen Gesetzen Urkunden und Zeugen angegeben [1]). Beyde werden durch die Ausdrücke *instrumenta* und *testes* unterschieden, und in dieser Beziehung unter jenen im eigentlichem Sinne schriftliche Aufsätze verstanden, welche zur Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit eines bestrittenen Thatumstandes von einer Parthey beygebracht worden sind. Allein das Wort *instrumentum* hat in dem Römischen Recht noch eine ausgedehntere Bedeutung. Es begreift nämlich im weitern Sinn sowohl schriftliche Urkunden als Zeugen, also die beyden Hauptbeweismittel unter sich.

1) Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. V. Tit. 5. §. 3. *L.* 15. *Cod. h. t.*

Dieß lehrt uns Paulus *libro secundo Sententiarum Receptarum* [2]), woraus folgende Stelle dieses Titels genommen ist.

L. 1. *h. t.* Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia, quam personae *instrumentorum loco* habentur.

Nach der Erklärung, die Paulus hier von dem Wort *instrumentum* macht, wird solches für ein jedes Beweismittel genommen, wodurch eine Parthey dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer Intention zu verschaffen sucht. Dieß heißt hier *causam instruere* [3]) i. e. iudici intentionis nostrae fidem facere legitimis probationibus [4]). Der griechische Scholiast [5]) sagt: Τὸ ἰνστρούμεντον γενικὴ ἐστι προσηγορία, καὶ σημαίνει πᾶν δι' οὗ δυνατόν ἐστιν ἐυτρεπίζεσθαι ἤτοι φανεροῦσθαι τὴν δίκην. i. e. Instrumentorum *appellatio generalis est, et significat omne, quo causa instrui et manifestior fieri potest.* In dieser weitern Bedeutung waren denn auch Zeugen unter *Instrumenta* mit begriffen. Paulus unterscheidet hier *testimonia* und *personae.* Unter *testimonia* werden schrift-

2) In *Ant.* Schulting Iurisprud. Antejust. Lib. II. Tit. 17. §. 14.

3) *L.* 2. *Cod. Si saepius in integr. restitut.* *L.* 21. *Cod. de evictian.* *L.* 2. *Cod. de delator.* Brissonius de Verbor. iur. Signif. voc. *Instruere.*

4) S. *Corn. van* Eck Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t. Pr. u. *Io. Ortw.* Westenberg Princ. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 2.

5) *Basilica* Tom. III. pag. 50. Schol. g.

liche Privatzeugniße verstanden; Russard erklärt es durch scriptae testificationes testium, welche auch *testationes prolatae* genennt werden; und diese werden den Testibus entgegengesetzt, und mit diesen Ausdruck zum Unterschiede testes praesentes bezeichnet. Den Beleg dazu giebt uns Callistratus [6], welcher *L.* 3. §. 3. *D. de testibus* sagt: Idem Divus *Hadrianus* Iunio Rufino Proconsuli Macedoniae rescripsit, *testibus* se, non *testimoniis* crediturum. Verba epistolae ad hanc partem pertinentia haec sunt. *Quod crimina objecerat apud me Alexander Apro, et non probabat, nec* TESTES *producebat, sed* TESTIMONIIS *uti volebat, quibus apud me locus non est, nam ipsos interrogare soleo: ipsum remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret.* §. 4. Gabinio quoque Maximo idem Princeps in haec verba rescripsit: *Alia est auctoritas* PRAESENTIUM TESTIUM, *alia* TESTIMONIORUM, *quae recitari solent* [7]. Unter *personae* hat nun hier Paulus wohl unstreitig auch keine anderen verstanden, als testes praesentes, qui in iudicio ipsi interrogantur. So versteht diese Stelle auch der griechische Scholiast [8], wenn er sagt: Διὰ τοῦτο καὶ τὰς ἐγγράφους τῶν μαρτύρων φωνὰς, καὶ ἀυτοὺς τοὺς παρόντας μάρτυρας δυνατόν ἐστι τῇ τοῦ ἰνστρουμέντου συμαίνεσθαι προσηγορία. i. e. *Et ideo testium voces in scripturam relatae, et ipsi testes*

6) S. SCHRADER ad Tit. D. de Testibus pag. 32. sqq.

7) Hierher gehört auch die Stelle aus QUINCTILIANI *Institut. orator.* Lib. V. c. 7. *Testimonia* dicuntur aut per *tabulas*, aut *a praesentibus*.

8) *Basilica* T. III. c. 1.

praesentes INSTRUMENTI *nomine significari possunt.* Eben so werden *personae*, für testes praesentes genommen, auch in der *Oratio* DIVI MARCI *de dilationibus instrumentorum gratia dandis*, deren Ulpian *libro I. de officio Consulis* gedenkt [9]) unter *Instrumenta* begriffen, wie uns Ulpian selbst lehrt, wenn er zur Erläuterung dieser Oration in der *L.* 99. §. 2. *D. de Verbor. Significat.* sagt: INSTRUMENTORUM appellatione quae comprehendantur, perquam difficile erit separare: quae enim proprie sint *instrumenta*, propter quae dilatio danda sit, inde dignoscemus, si *in praesentiam personae* [10]), *quae instruere possit*, dilatio petatur: puta qui actum gessit, licet in servitute, vel qui actor fuit constitutus, putem videri *instrumentorum causa* peti dilationem. Auch in einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, *L.* 1. *Cod. de dilation.* werden instrumenta und personae mit einander verbunden, und unter den letzten Zeugen verstanden. Ich kann daher dem Cujaz [11]) nicht beystimmen, wenn er meint, daß unter *personae* nicht blos Zeugen zu verstehen sind, die man vor Gericht produciren kann, sondern auch andere, die Wissenschaft von einer Sache haben, z. B. servi actores, welche die häus-

9) *L.* 7. *D. de feriis et dilation.*

10) Id est, ad exhibendam personam. S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. II. Tit. 12. Nr. XV. not. e. *Franc.* DUARENUS ad h. Tit. Cap. 1. *Oper.* pag. 941. vorzüglich aber *Io.* GOEDDAEUS Commentar. in Tit. 16. Libri L. Dig. de Verbor. Signific. ad h. L. 99. §. 2. pag. 770 — 772.

11) Commentar. in Tit. IV. Lib. XXII. Dig. *Oper.* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 925.

lichen Rechnungsbücher ihres Herrn führten [12]. Denn offenbar redet Paulus von gerichtlichen Beweismitteln. Daß aber Zeugen unter der Benennung der Instrumente im weitern Sinn begriffen worden, läßt sich nun wohl nicht mehr bezweifeln [13]. Noch ungleich größer bezeichnen jedoch unsere heutigen Rechtsgelehrten [14] das Gebiet der Urkunden, wenn sie darunter jedes Beweismittel verstehen, deßen Gegenstand den äußern Sinnen des Richters Gründe der Ueberzeugung über ein factisches Verhältniß darbieten kann, der Gegenstand sey eine leblose Sache, als Scripturen, Inschriften [15], Wappen, Gemälde, Zeichnungen, Grundriße, Sigille [16], Leichensteine, Gränzsteine, Malbäume [17], desgleichen jedes in die äußern Sinne fallendes

12) Er bezieht sich zwar auf *L.* 8. *D. Famil. ercisc.* und *L.* 82. *D. de condit. et demonstrat.* Allein diese gehören nicht hierher.

13) Anderer Meinung ist jedoch Gensler über die Begriffe: Beweis, Beweismittel ꝛc. §. 8. Not. *) im Archiv für die jurist. Praxis, 1. B. S. 56.

14) S. Gönner's Abh. vom Beweise durch Urkunden §. 1. in Desselben Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses. 2. B. Abh. XLVI. S. 462. und Genslers Abh. über die Begriffe: Beweis, Beweismittel ꝛc. §. 8. in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 55.

15) Von dem Nutzen der Denkmünzen bey dem Beweise in Rechtsstreitigkeiten siehe von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. Erört. XLIV. S. 225 ff.

16) S. Ph. W. Gerken Anmerkungen über die Siegel zum Nutzen der Diplomatik 1. Th. Augsburg 1781. 2. Th. Stendal 1786. 8.

17) Hierher gehören auch die von einem Kaufmann übersandten Proben, wenn darüber gestritten wird, ob die

Indicium, welches auf ein Verbrechen hindeutet, z. B. die bey einem Verdächtigen gefundenen Diebesinstrumente, oder tödliche Verletzungen an einem entseelten menschlichen Körper [18]; oder der Gegenstand sey ein lebendes Wesen, ein Mensch, als Zeuge, oder ein vernunfloses Geschöpf. z. B. das kranke Pferd bey der Wandelklage, welches von dem Beklagten, um die Identität desselben außer Zweifel zu setzen, gleich einer Urkunde, recognoscirt, oder eidlich abgeläugnet werden muß.

Nach diesem ausgedehnten Begriff von Urkunden, *Instrumenta*, kann man sie eintheilen in schriftliche, und nicht schriftliche. Sind letztere leblose, entweder als bleibende Darstellung einer vergangenen Begebenheit, wie zum Beyspiel Denkmünzen, Inschriften, Leichensteine, oder zur Bezeichnung der Fortdauer eines factischen Zustandes, als Zeichen eines Rechts, von Menschen hergestellte Urkunden, z. B. Grenzzeichen, Marksteine, Eichpfähle zur Bestimmung der Wasserhöhe, so werden sie Denkmäler, *monumenta*, genennt [19].

Schriftliche Urkunden können wieder von verschiedener Art seyn. Sie sind entweder schriftliche Verzeichniße eines

darnach gelieferte Waare der Probe gemäß sey. Es kann daher deren Recognition oder eidliche Diffession nicht verweigert werden.

18) Schon QUINCTILIANUS *Institution. Orator. Lib. V. cap.* 9. sagt: Cruenta vestis, et clamor, et livor et talia, sunt *instrumenta*, qualia tabulae et testes. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XCVIII. Th. 1

19) S. Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 314. ff. S. 181. ff.

Geschäfts selbst, welche in der Absicht verfertiget wurden, damit das Geschäft seine Gültigkeit erhalten, oder doch dadurch bewiesen werden sollte, z. B. Testamente, (Tabulae testamenti [20]), tabularum testamenti instrumentum [21]) Contracts-Instrumente, Kaufbriefe, (instrumentum emtionis [22]), Pachtbriefe, Register, Rechnungen, Grenzreceße, Erbreceße, Flur- und Lager-Bücher u. d., oder sie enthalten ein Geständniß ihres Verfassers, z. B. Handschriften, Briefe und Siegel; oder ein Zeugniß eines Dritten, öffentliche- oder Privat-Atteſtate, Protocolle, u. d. oder sie haben etwas anderes zum Gegenstande, wie z. B. Schmähschriften oder Briefe, welche schimpfliche oder nachtheilige Aeußerungen über die Person eines Dritten enthalten [23]). Schriftliche Urkunden werden nun *instrumenta*, Urkunden im eigentlichen Sinne genennt, sie mögen zum Zweck des Beweises verfaßt worden seyn, oder nicht [24]). In dieser eigentlichen Bedeutung wird hier von

20) *L.* 1. *pr. D. de bonor. possess. secund. tabulas.*

21) *L.* 2. *pr. D. Testam. quemadm. aperiant.*

22) *L.* 4. *C. de probat.*

23) §. 1. *I. de iniur. L.* 5. §. 9. *et* 10. *D. eodem. L. un. Cod. de famos. libellis.* S. Lauterbach Diss. de epistola Cap. V. Th. 25. et Cap. VII. Th. 39. sqq.

24) Es ist demnach ein zu enger Begriff, wenn einige sagen, Urkunden sind schriftliche Aufsätze, welche zum künftigen Beweis einer Begebenheit gemacht worden sind; ein Begriff, dessen logische Unrichtigkeit schon *Ge.* Kreкемeyer in Diatriba de instrumentornm definitione ac divisione. *Goettingae* 1743. §. 2. dargethan hat. Er selbst giebt §. 1. den Begriff: *Instrumentum* definimus scripturam, in qua factum, ex quo ad praestandum aliquid quis obligatur, uno verbo obliga-

Urkunden, und deren Beweiskraft, *de fide instrumentorum*, gehandelt, wie alle folgende Gesetze lehren.

Solche Urkunden sind entweder Urschriften, (*authentica*) Originalien, oder bloße Abschriften, Copeyen (*Copiae*, *exempla* [25]).

PAULUS *Libro quinto Sententiarum* [26]).

Quicumque a fisco convenitur, non ex indice et *exemplo* [27]) *alicuius scripturae*: sed *ex authentico* conveniendus est [28]), ita si [29]) contractus fides possit

torium, expressum est. Allein mit Unrecht werden §. 3. Briefe und Rechnungen von dem Begriffe ausgeschlossen, wie auch schon *Car. Wilh.* MARTENS Diss. de instrumento communi eiusque editione §. 2. dagegen erinnert hat.

25) *L.* 4. §. 3. *L.* 8. *pr. D. Famil. ercisc. L. ult. D. Testam. quemadm. aper. Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XCVIII. Th. 4. KREKEMEYER cit. Diss. §. 8. Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 274. ff.

26) In *Anton.* SCHULTING Iurisprud. Antejustin. Lib. V. *Sentent. Receptar. Iulii Pauli* Tit. 12. §. 11. p. 480.

27) Bey SCHULTING c. l. heißt es: non ex indice, VEL exemplo. Diese Leseart stimmt mit den Basiliken überein, wie die folgende Note zeigt.

28) Die *Basilica* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 31. pag. 7. haben dieses Fragment blos bis dahin übertragen: Ὀυκ ἀπὸ ἰσοτύπων, ἤ ἰνδίκων, ἀλλ᾽ ἐκ τῶν αὐθεντικῶν ὁ δημοσιος ἐνάγει. *Non ex forma scripturae aequali* s. *exemplo aut indice, sed ex authentico fiscus convenit.*

29) So wie Taurellius, lesen auch die meisten Ausgaben, welche ich damit verglichen habe. Eben so unser Cod. Pandectar. Nur Haloander weicht hiervon ab.

sit ostendi. ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio optinere [30]) non convenit.

Er lieset: UT ITA, statt ita si. Diese Leseart billiget auch RUSSARD. In den Fragmenten, welche *Ant.* SCHULTING in Iurispr. Antejust. von des PAULUS Sentent. Recept. gesammlet hat, steht a. a. O. *et si* contractus fides possit ostendi. Eben so bey HUGO in Iure civ. Antejustin. Tom. I. pag. 169. Diese Leseart aber ist offenbar unrichtig. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 50. not. i. hat sich über unsere Stelle auf folgende Art erklärt. Οὐ καλῶς ὁ φίσκος δυναται μεθοδέυειν τινά, ἐι μὴ τὸ ἀληθὲς ἰνστρούμεντον προφέρῃ, καὶ τοῦτο οὐχ ἁπλῶς, ἀλλ' ἥνικα ἡ τοῦ συναλλαγματος πίστις δείκνυσθαι οὐ δυνάται. i. e. *Non recte quis convenitur a fisco, nisi verum instrumentum proferat: idque non simpliciter, sed si contractus fides ostendi non possit.* *Io. Bernh.* KOEHLER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. Cap. 9. §. 7. glaubt, nach dieser Erklärung des Scholiasten müsse: Ita, si contractus fides NON possit ostendi, gelesen werden. Der Sinn sey also der, nur dann beweise die Abschrift einer Urkunde nichts, wenn nicht deren Uebereinstimmung mit dem Original durch öffentliche Beglaubigung erwiesen werden könne. Denn vidimirte Abschriften seyen dem Original gleichzuachten. Ich will hiergegen nicht einmal erinnern, wie bedenklich diese Emendation an sich schon darum sey, weil ihr zwey Zeugnisse unbestrittener Lesearten widersprechen, welche keine Negation kennen; sicher aber dachte auch Paulus hier an vidimirte Abschriften nicht, weil ja bekanntlich auch beglaubte Abschriften von Urkunden, welche ohne Recognition, oder Beweis ihrer Authenticität nicht beweisen, niemals dem Original gleichgeachtet werden können, wenn nicht Recognition oder Beweis der Aechtheit vorhergegangen

Der Urkunden-Beweiß muß eigentlich aus Original-Urkunden geführt werden. Nur diese müßen daher in dem Productions-Termin zur Recognition oder Agnition vorgelegt werden. Ein Beweis durch abschriftliche Urkunden gehört zu den Ausnahmen von der Regel, und ist meist von

ist, oder noch geliefert wird. S. Gönner's Handbuch des deutsch. gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XLVI. §. 8. a. E. Es wäre daher noch erst die Frage, ob überhaupt die Leseart des griechischen Scholiums richtig sey? Wer das Verzeichniß von unrichtigen Lesearten in der Fabrotischen Ausgabe aus Jensii Stricturis ad Rom. iur. Pand. pag. LIX. sqq. kennt, wird sich darüber nicht wundern. Der ganze Zusammenhang der Worte duldet wenigstens hier keine Negation; vielmehr überzeugt uns der Nachsatz, daß die streitigen Worte eine noch nähere Bestimmung des Vorhergehenden ausdrücken sollen; nämlich auch selbst bey der Production des Originals komme es immer noch darauf an, ob auch die Richtigkeit des Contracts überhaupt ausser Zweifel sey. In diesem Sinne stehen diese Worte mit dem Nachsatz im schönsten Einklange, und so giebt uns das Scholium den richtigsten Aufschluß über diese bestrittene Stelle. Noch bemerke ich, daß Fabrot, vielleicht von der Unrichtigkeit der Leseart überzeugt, das griechische *οὐ* gar nicht übersetzt hat, welches ihm denn aber Koehler freylich als eine supina negligentia angerechnet hat. In dem Gebauerischen Corp. iur. wird noch bey dieser Stelle Note 4. bemerkt, Bynkershök glaube, daß vielleicht durch Gemination *ita SI Contractus*, das ist, ita si *sic* contractus fides posset ostendi, gelesen werden müsse. Dieses kann aber nun in keine weitere Betrachtung kommen.

30) Eben so Cod. Erlang. und alle florentinischen Ausgaben der Pandecten, auch die neueste Gebauerische.

ganz anderer Wirkung, wie unten beym §. 1162. gezeigt werden wird. Eine solche Ausnahme macht übrigens der Fiscus nicht, so sehr er auch sonst in den Gesetzen begünstiget wird [31]. Er muß vielmehr, wie jeder andere Privatgläubiger, wenn er einen Schuldner aus einer Urkunde belangt, das Original vorlegen, wie Paulus hier lehrt. Einen bloßen Auszug der Urkunde, oder eine bloße Abschrift braucht der Schuldner nicht anzuerkennen. So erklärt Cujaz [32] die Worte *index* und *exemplum*. Male quidam putant, sagt er, indicem et exemplum idem esse. *Exemplum* ex integro describitur; *Index* autem est ex latiori scriptura brevis quaedam subnotatio. Es wird aber auch selbst das Original einer Urkunde an sich nichts beweisen, wenn nicht deren Aechtheit, und daß der Contract, worüber die Urkunde verfaßt seyn soll, wirklich seine Richtigkeit habe, bewiesen werden kann. Dieß scheint mir der ganz natürliche Sinn der Worte zu seyn: *ita si contractus fides possit ostendi*, ohne daß eine Aenderung der Worte nöthig ist. Wenn nun Paulus noch hinzufügt: ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio obtinere non convenit; so wollen diese Worte einige [33] so verstehen, als ob Paulus den

31) So verstehen unsern Paulus auch *Jac.* Cujacius in Commentar. in hunc Tit. Pandectar. Oper. a *Fabroto* editor. Tom. IV. P I. pag. 925. *Hug.* Donellus ad h. Tit. Cap. 2. pag. 285. und *Franc.* Duarenus Commentar. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 942.

32) Comm. cit. et Observation. Lib. V. cap. 25. Anderer Meinung ist jedoch Brissonius de Verb. iur. Significat. voc. Index.

33) So Donellus in Commentar. ad h. Tit. Cap. 2. pag. 285. und Pothier Pand. Iustin. Tom. I. h. t.

Auszug, oder die Abschrift einer Urkunde eine calumniosa scriptura genennt habe, welche im Gericht nicht gelten könne; allein *calumniosa scriptura* heißt hier eine unächte, eine falsche Urkunde, welche freylich nicht beweisen kann, wenn sie auch immerhin für sich Original ist. Diese letzteren Worte beziehen sich daher nicht auf die ersteren, sondern auf die unmittelbar vorhergehenden Worte. So hat sie auch der griechische Scholiast [34]) verstanden. Εἰ γὰρ συκοφαντεῖ ἤτε πλαστή ἐστιν ἡ γραφὴ, κἂν αὐθεντικὸν εἶναι λέγεται τὸ προφερόμενον, οὐδὲ τοῦτο πρόκριμα τῷ ἐναγομένῳ ποιεῖ. i. e. *Si enim calumnietur, vel falsa scriptura sit, licet instrumentum, quod profertur, authenticum esse dicatur, nullum praeiudicium id reo facit.* Nun hängt auch dieses Fragment mit dem folgenden sehr gut zusammen, in welchem von einer verfälschten Urkunde die Rede ist.

L. 3. IDEM *libro tertio Responsorum respondit* [35]).

Repetita quidem die cautionem interponi non debuisse: sed falsi [36]) crimen quantum ad eos, qui in hoc consenserunt [37]), contractum non videri:

Nr. V. not. a. wo dieser letztere sagt: Quum non authenticum, sed exemplum producitur; haec scriptura praesumitur per calumniam seu per dolum producta, nec fide digna.

34) *Basilica* Tom. III. pag. 50. Schol. l.

35) *Respondit* fehlt in dem Cod. Erl. auch in der Ausgabe des *Claud.* CHEVALLONIUS.

36) *Cod. Erlang.* falsi quidem crimen.

37) Chevallon und Baudoza consenserint.

cum inter praesentes et convenientes [38]) res actitata sit: magisque debitor quam creditor deliquerit.

Eine Verfälschung bey Urkunden kann unter andern auch dadurch begangen werden, wenn das Datum in denselben zurückgesetzt wird, als ob eine Sache schon früher geschehen wäre, als sie wirklich geschehen ist. Dieß nennen die Gesetze *praeferre diem* [39]), und hier *repetere diem* [40]). Geht eine solche Verfälschung zwischen dem Schuldner und Gläubiger mit ihrer beyderseitigen Uebereinkunft vor, ohne daß dadurch einem Dritten geschadet worden ist; z. E. der Schuldner hat mit Einstimmung des Gläubigers den Schuldschein antidatirt; so kann kein Theil den andern deshalb einer Verfälschung bezüchtigen. Denn eine Verfälschung, als Verbrechen gedacht, erfordert

38) *Cod. Erlang.* consentientes.

39) *L.* 28. *D. de Leg. Corn. de falsis.* Si a debitore, *praelato die*, pignoris obligatio mentiatur: falsi crimine locus est. *L.* 1. §. 2. *D. de edendo.* Editiones sine die et Consule fieri debent, ne quid excogitetur e die et Consule, et *praelato die* fiat. Hier heißt also *praeferre diem* soviel, als antevertere sive anticipare diem, wie diesen Ausdruck Cujacius Observation. Lib. III. cap. 7. erklärt; oder wie er in seinem Commentar. ad h. Tit sagt: *cum, quod nunc obligatur, scribitur, quasi pridem pignori datum sit.*

40) In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 32. heißt es γενέσθαι προχρονισμόν. Nicht immer wird aber durch die repetitio diei ein falsum begangen, oft bringt es das Recht selbst mit sich, daß die Zeit bis auf einen gewissen Punct zurückgerechnet werde.

einen Dolus [41]). Ein Dolus aber ist unter denen, welche in den Vertrag einwilligen, und um alles wissen, nicht denkbar. Nemo videtur fraudare eos, sagt Ulpian *Lib. 66. ad Edictum* [42]), qui sciunt et consentiunt. Ueberdem hat ja der Schuldner selbst, und nicht der Gläubiger, den Schuldschein ausgestellt, und denselben antidatirt. Ihm fällt es also auch mehr, als dem Gläubiger, zur Last, wie Paulus hier sagt [43]). Ganz anders ist es, wenn der Schuldner durch das Vordatiren einen spätern Gläubiger zum Nachtheil früherer Pfandgläubiger zu begünstigen suchte. Hier hat er sich gegen diese einer wah-

Beyspiele enthalten *L. 51. §. 2. D. ad L. Aquil. L. 9. §. 6. D. ad exhib. L. 5. §. 7. D. de novi operis nunciat. L. 15. §. 31. D. de damno inf. L. 34. §. ult. D. de obligat. et action.* S. *Sim. Pet.* Gasser Diss. de repetito die. *Hal.* 1706. rec. 1746.

41) S. Archiv des Criminalrechts, herausgegeb. von Klein und Kleinschrod. 2. Bd. 1. St. Nr. VI. §. 7. S. 147.

42) *L. 145. D. de div. reg. iur.* Der nämliche Grund wird auch von dem griechischen Scholiasten *Basilicor.* Tom. III. pag. 51. lit. k. angegeben. Τὸ γὰρ πλαστὸν τότε λαμβάνει χώραν, ὅτε ἀπὸ δόλου καὶ κακίστης προαιρέσεως γένηται, σπουδαζούσης βλάψαι τὸν συναλλάξαντα, ἢ ἕτερον ἀγνοοῦντα τὸ πραττόμενον. — δόλος δὲ ἐν εἰδότι καὶ συναινοῦντι οὐχ ἁμαρτάνεται. i. e. Falsum *enim tunc admittitur, cum dolo malo eoque proposito fit, ut qui contrahit laedatur, vel alter, qui id, quod agitur, ignorat.* — dolus *vero in scientem et consentientem non committitur.*

43) Cujacius Commentar. in hunc Tit. erklärt das *magisque* so, ut intelligamus debitorem delinquere, non creditorem. Sic virtus, sagt er, *magis* prodest,

ren Verfälschung schuldig gemacht [44]), und auch hier ist nach der Glosse des Accursius dem Schuldner das Verbrechen mehr zuzurechnen, als dem Gläubiger. Denn dieser war den älteren Gläubigern seines Schuldners nicht so, wie der Schuldner selbst, verpflichtet, er suchte blos sich einen Vortheil zu verschaffen. Ob aber auch in dieser Beziehung das *magis* blos den Schuldner angehe, ist zweifelhafter. Von diesem Falle spricht wenigstens Paulus nicht, und die gänzliche Freysprechung des Gläubigers von aller Theilnahme des Betrugs scheint mit der Röm. Eunomie im Widerspruche zu stehen [45]).

Urkunden, welche über Rechtsgeschäfte errichtet werden, gehören eigentlich nicht nothwendig zur Substanz und Gültigkeit des Geschäfts, sondern werden gewöhnlich nur um des Beweises willen verfaßt. Es müßte denn ohne Scriptur der Contract seiner Natur nach gar nicht denkbar seyn, wie z. B. der römische Litteral-Contract, und der heutige Wechselcontract; oder die Partheyen bey Schließung eines Contracts die Errichtung einer Scriptur zur wesentlichen Nothwendigkeit gemacht haben [46]). Außerdem dient der schriftliche Aufsatz blos zum Beweise, und der Verlust

quam nocet, quia nunquam nocet. Auf eine ähnliche Art drückt sich Paulus *L.* 1. *D.* *Communi divid.* aus.

44) *L.* 28. *D. de lege Corn. de falsis.* *L.* 15. *Cod. eodem.* *Franc.* DUARENUS Comm. in h. Tit. Cap. 3. *Oper.* pag. 943.

45) S. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad h. L. pag. 782.

46) *L.* 17. *Cod. h. t.* *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. XCVIII. Th. 8.

der Urkunde schadet dann so wenig, als die unterlassene Verfassung derselben, wenn nur auf andere Art der geschlossene Contract erwiesen werden kann [47]. Dieß lehren die beyden folgenden Gesetzstellen.

L. 4. Gaius *libro singulari de formula hypothecaria* [48]).

In re hypothecae [49]) nomine obligata ad rem non pertinet, quibus fit [50]) verbis: sicuti est et [51]) in his [52]) obligationibus, quae consensu contrahuntur: et ideo et [53]) sine scriptura si convenit,

47) L. 1. 4. 5. 6. 7. *et* 13. *Cod. h. t.* Cujacius Commentar. ad h. Tit. in fin. und *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. XCIX. Th. 8.

48) Haloand. und Baudoza: Caius lib. sing. ad formulam hypothecariam. Die Flor. Leseart bestätigt jedoch *L. 4. D. de pignor.* welche fast wörtlichen Inhalts ist.

49) *Cod. Erl.* ypothece.

50) *Cod. Erl.* sit. Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Baudoza. Diese Leseart billigt auch Russardus, und Bynkershök im Geb. Corp. iur. Not. 6. giebt ihr den Vorzug vor der florent. *L. 4. D. de pign.* hat jedoch auch fit.

51) *Cod. Erl.* hat das et nicht. Es steht auch nicht bey Hal. Merlin, Chevall. u. Hugo a Porta.

52) Baudoza iis.

53) Hal. und Miräus haben das et nicht. Es ist aber nicht wegzulassen. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. III. pag. 53. giebt dieses ebenfalls deutlich zu erkennen durch das Wort κἂν, licet. Er sagt: διὰ τοῦτο κἂν ἀγράφως, — περὶ ὑποθήκης οἱ συναλλάξαντες συνεφώνησαν. i. e. *et ideo licet sine scriptura de hypotheca convenerit.*

ut hypothecae sit, et probari poterit; res obligata erit, de qua conveniunt [54]). Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit [55]): et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testatio [56]) sine scriptis habita est [57]).

L. 5. CALLISTRATUS *Libro secundo Quaestionum* [58]).

Si res gesta, sine litterarum quoque consignatione, veritate [59]) factum suum praebeat [60]), non

54) Hal. in qua convenerunt. Baudoza de qua convenerit.

55) In den Basiliken Tom. III. Lib. XXII. Tit. 1. Const. 33. heißt es: *τὰ γὰρ ἔγγραφα· διὰ ἀπόδειξιν γίνεται.* Das Unterscheidungszeichen nach ἔγγραφα muß aber weggestrichen werden. Nun heißt es ganz richtig: *scripturae enim probationis causa fiunt.*

56) Baudoza attestatio. In dem Cod. Erl. steht die Sylbe *at* mit schwärzerer Dinte über testatio.

57) *L. 7. D. de Sponsal.* sagt Paulus: In sponsalibus nihil interest, utrum *testatio* interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. Ein Beleg, daß die Leseart *testatio* in unserm Fragment richtiger sey, als *attestatio.*

58) Diese Stelle ist in den *Basilicis* T. III. pag. 7. mit dem vorigen Fragment verbunden, und macht nur eine Constitution aus.

59) *Cod. Erl.* veritati.

60) Chevallon und Baudoza probet.

ideo minus valebit [61]), quod instrumentum nullum de ea intercessit.

Urkunden können übrigens entweder dem Beweisführer eigenthümlich gehören, instrumenta *propria*, oder gemeinschaftliche, instrumenta *communia*, seyn [62]), worunter nicht gerade diejenigen verstanden werden, deren Eigenthum zwischen dem Producenten und dem Producten gemeinschaftlich ist, sondern es ist vielmehr jede Urkunde als gemeinschaftlich anzusehen, welche über das Rechtsverhältniß des Producenten, oder derjenigen Personen, von welchen er z. B. als Erbe, Legatar, oder Ceßionar sein Recht ableitet, zu andern Personen ist verfertiget worden [63]). Dieß ist z. B. der Fall bey Urkunden über Bilateralcontracte, bey Erbtheilungs-Recessen, bey Correspondenzen, welche über ein durch diesen Weg z. B. unter Kaufleuten, zu Stande gekommenes Geschäft gewechselt worden sind, und wo sich die Briefe des Einen auf die Briefe des Andern beziehen, besonders aber bey Testamenten [64]). Es

61) Taurell. valeVit. Eben so Russard, und Charondas.

62) S. Kreckemeyer Diatr. cit. §. 11. *Car. Wilh.* Martens Diss. de instrumento communi eiusque editione. *Goett.* 1773. Beyde theilen die instrumenta ratione *materiae* und ratione *formae* in propria und communia ein. Dagegen hat aber schon *Frid. Wilh.* Kossel in Diss. de causis obligationis ad edenda instrumenta in genere. *Goett.* 1796. gegründete Erinnerungen gemacht.

63) S. v. Goenner Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. 2. B. Motiven 2. Abth. S. 426. f.

64) S. Schneider's vollst. Lehre vom rechtl. Beweise in bürgerlichen Rechtssachen. §. 284 — 287.

wird davon eigentlich erst in der Folge bey der Lehre von der Edition der Urkunden §. 1171. die Rede seyn. Hier gedachte ich dieser Eintheilung blos, um noch das letzte Fragment dieses Titels anreihen zu können.

L. 6. ULPIANUS *Libro quinquagesimo ad Edictum.*

Si de tabulis testamenti deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oportet: semper seniorem iuniore [65]), et amplioris honoris inferiore [66]), et marem feminae, et ingenuum libertino praeferemus [67]).

Daß das Testament eine gemeinschaftliche Urkunde für alle diejenigen sey, welche darin bedacht worden sind, lehrt Ulpian *L. 2. pr. D. Testam. quemadm. aper.* Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est, heredis, sed *universorum, quibus quid illic adscriptum est:* quin potius publicum est instrumentum. Es konnte daher die Frage entstehen, bey wem von diesen Interessenten das Original aufzubewahren sey? Diese Frage entscheidet hier Ulpian. Jedoch handelt er davon auch noch an einem andern Orte, nämlich *L. 4. §. 3. D. Fam. ercisc.* Wie diese Stelle mit der unsrigen zu vereinigen, und worauf das Absehen bey der Anleitung gehe, welche Ulpian in unserm Fragment

55) *Cod. Erl.* iuniori. Eben so Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, Baudoza, und Hugo a Porta.

66) *Cod. Erl.* inferiori, und so lesen auch alle in der vorhergehenden Note angeführten Ausgaben.

67) *Cod. Erl.* liberto praeferimus.

giebt, habe ich schon an einem andern Orte [68]) ausgeführt. In Absicht auf die Verbindlichkeit zur Edition ist nun zwar kein Unterschied zwischen eigenen und gemeinschaftlichen Urkunden. Dem Beweisführer müßen alle Urkunden, woran ihm das Eigenthum oder Miteigenthum zusteht, oder welche wenigstens für ihn gemeinschaftliche Urkunden sind, von jedem Inhaber edirt werden [69]). Nur in Ansehung der Rechtsmittel ist ein Unterschied. Gegen den dritten Besitzer bedient er sich der Reivindication, oder auch der Publicianischen Klage, und er bahnt sich dazu erforderlichen Falls den Weg, indem er mit der *actio ad exhibendum* auf Vorlegung derselben klagt.

L. 3. §. 5. *D. de tabulis exhib.* Ulpianus *Libro LXVIII ad Edictum.* Si ipse testator, dum vivit, *tabulas suas* esse dicat, et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed *ad exhibendum* erit agendum, *ut exhibitas vindicet.* Quod in omnibus, *qui corpora sua esse dicunt instrumentorum*, probandum.

L. 3. *D. Testam. quemadm. aperiant.* Caius *libro XVII. ad Edictum provinciale.* Ipsi tamen heredi *vindicatio tabularum*, sicut ceterarum hereditariarum rerum, competit: et ob id *ad exhibendum* quoque agere potest.

Gegen den Miterben oder Miteigenthümer, kann auch nach Befinden der Umstände die *actio familiae erciscundae* oder *communi dividundo* angestellt werden, wenn

68) S. den 11. Th. des Commentars §. 730. S. 45—48.

69) *Cap.* 12. *X. de fide instrum.* Goenner a. a. O. S. 426.

z. B. dem Miterben oder Miteigenthümer in der Theilung das Grundstück zugefallen ist, wovon die Urkunde spricht, oder der Miterbe, welchem das Recht zur Verwahrung der gemeinschaftlichen Documente zusteht, fordert dieselben von den übrigen, oder ein Miterbe oder Miteigenthümer verlangt die Vorlegung eines gemeinschaftlichen Documents von demjenigen, welchem das Recht der Verwahrung zukommt, zur Abschrift [70]. Außerdem kann bey Testamenten das *Interdictum de tabulis exhibendis* [71], bey Contractsverhältnissen aber wegen gemeinschaftlicher Urkunden die Klage aus dem Contract gebraucht, und wo diese nicht zureicht, aus dem prätorischen Edict *de edendo*, oder überhaupt mit der *actio in factum* geklagt werden.

L. 9. pr. D. de edendo. Paulus *libro III. ad Edictum.* Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet: nec tamen a Praetore per hoc Edictum compelluntur: veluti cum Procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a Praetore *per metum in factum actionis* rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per *mandati actionem:* et cum dolo malo socius negotia gessit, Praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim *pro socio actio.* Sed nec tutorem cogit Praetor pupillo edere rationes, sed *iudicio tutelae* solet cogi edere.

70) *L. 5. L. 8. D. Fam. ercisc. L. 15. D. de reb. auct. iudic. possid.* S. Kossel Diss. cit. de causis obligationis ad edenda instrumenta. §. 7.

71) *L. 1. pr. D. de tab. exhib.* S. Westphal's system. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente. §. 26. ff.

Wenn aus dem Edict des Prätors *de edendo* geklagt werden könne, ist schon an einem andern Orte [72] vorgekommen. Praetor ait, sagt Ulpian [73], *argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die et Consule.* Daß aber auch das Handelsbuch des Banquiers, mit dem ich im Verkehr gestanden, als gemeinschaftliche Urkunde anzusehen sey, lehrt Ulpian *L.* 4. §. 1. *D. de edendo* wenn er sagt: Huius Edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit [74], *meum quodammodo instrumentum mihi edi.*

Von der *actio in factum* spricht Ulpian *L.* 3. §. 14. *D. ad exhibendum.* Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis *ad exhibendum* agi non possit, *in factum* tamen *actio* detur, ut *Iulianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait Iulianus: si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni: quia et *vindicare* eas possum: nam cum charta mea sit, et, quod scriptum est, meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri. *In facum igitur mihi actionem competere.*

72) S. den 4ten Theil dieses Commentars §. 286. b. S. 39—42.

73) *L.* 4. *pr. D. de edendo.*

74) *Cod. Erl.* confectum. Chevallon und Baudoza confectum est.

Urkunden, deren man sich im Prozeß zum Beweis bedient, sollten nun freylich ihrem Zwecke nach immer so geeigenschaftet seyn, daß sie dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der in Streit gezogenen Thatsache verschaffen. Allein die Erfahrung lehrt nur gar zu oft das Gegentheil. Man müßte ja die Einrede eines unanerkennlichen Documents nicht kennen, wenn man hieran zweifeln wollte. Wie konnte also Hellfeld sagen: *instrumenta* sunt scripturae, super negotio quodam confectae, (daß dieses auch gar nicht immer der Fall sey, ist schon oben bemerkt worden) *ad fidem faciendam idoneae?* Wie konnte er nun dennoch §. 1165. lehren: Non tamen omnia documenta sunt *recognoscibilia?*

§. 1158.

Oeffentliche und Privat-Urkunden. Instrumenta quasi publica.

Urkunden sind entweder öffentliche oder Privaturkunden, je nachdem ihnen die Gesetze öffentlichen Glauben beylegen, oder nicht. Zu den öffentlichen Urkunden gehören nun nicht blos gerichtliche, sondern auch andere, welche von öffentlichen Behörden, und mit öffentlichem Glauben versehenen Personen, zur Existenz gebracht worden sind, insofern sie innerhalb der Gränzen ihres Amts, und zugleich in der sowohl dem Gegenstande, als der Handlung angemessenen Form sind ausgefertiget worden. Also auch Protocolle und Instrumente öffentlicher Notarien unter eben diesen Einschränkungen, öffentliche Kataster, Steuer- Saal- und Lagerbücher; Pfarrbücher, und Pfarrmatrikeln über Geburten, Ehe- und Sterbfälle, und die hieraus von den Pfarrämtern gefertigten Atteſtate. Hellfeld rechnet auch noch Urkunden hierher, welche unter der

Aufsicht eines verpflichteten Archivars in einem öffentlichen Archive aufbewahrt worden sind. Leyser [75]) geht sogar soweit, daß er auch einer bloßen Privaturkunde, welche in einem öffentlichen Archiv aufgefunden worden ist, die Kraft einer öffentlichen Urkunde beylegt, welche weder recognoscirt noch diffitirt werden dürfe. Allein wie wenig sich diese Meinung aus der von ihm angeführten Novelle 49. Kap. 2. §. 2. und der *Auth.* Ad haec. *Cod. de fide instrum.* beweisen lasse, hat schon Mich. Gottfried Wernher [76]) gezeigt. Zwar begründet die Aufbewahrung einer solchen Urkunde unter öffentlichem Glauben die Vermuthung ihrer Aechtheit, wenn die Aufbewahrung sich von älterer Zeit herschreibt, als die erste bekannte Veranlassung des Rechtsstreits über den Gegenstand, von welchem die Urkunde handelt. Eine Privaturkunde bleibt sie aber dennoch, und gilt an sich nicht mehr, als eine andere Privaturkunde, die recognoscirt worden ist, gegen einen Dritten hat sie keine Beweiskraft [77]). Alter und öffentliche Aufbewahrung sind auch nur solange entscheidend für die Glaubwürdigkeit eines solchen Documents, bis entweder besondere Gründe des Verdachts ihrer Aechtheit entgegen-

75) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXVI. medit. 2. et 3.

76) Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 3. pag. 127. sq. Man sehe auch Layritz Observat. de auctoritate diplomatum ex archivo desumtorum. *Altorf.* 1796. 8. und Thibaut Syst. des Pand. R. 3. B. §. 1175.

77) S. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtlichen Beweises. 2. Th. IX. Abschn. §. 8. S. 233. ff.

stehen, oder die erweisliche Veranlassung selbst, durch welche ein solches Document ins Archiv kam, den Grund jener Glaubwürdigkeit aufhebt [78]).

Bloßen Abschriften, wenn es auch alte Copien wären, die in Archiven gefunden werden, will jedoch Leyser [79]), ohne Vorzeigung des Originals, keinen Glauben beymessen. Allein es kommt darauf an, ob die Abschrift von einer öffentlichen dazu authorisirt gewesenen Person gehörig vidimirt worden ist, oder nicht. Im erstern Fall macht eine solche Abschrift das Original entbehrlich, denn das ihnen angehängte öffentliche Zeugniß ersetzt den Mangel desselben. In dem letztern Falle aber muß aus dem Alter derselben, und der Veranlassung, wie sie in das Archiv gekommen ist, beurtheilt werden, welche Beweiskraft ihr beyzulegen sey [80]). Man behauptet sogar, daß das Alterthum einer Urkunde den Richter veranlassen könne und müsse, in Betreff der äussern Form nicht die ganze Genauigkeit des jetzigen Formularwesens zu fordern [81]).

78) von Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. 2. Bd. Motive 2. Abth. S. 435—437. und Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 309.

79) Cit. Specim. medit. 9.

80) S. von Globig a. a. O. S. 235. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. B. Erört. XLII. Schneider's angef. Lehre §. 310. und Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1716. auch Wernher Lectiss. Comment. h. t. §. 8.

81) Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 291. Thibaut Syst. 3. B. §. 1176. a. E.

Hellfeld und mehrere andere [82]) nehmen nun noch eine dritte Art von Urkunden an, welche sie *instrumenta quasi publica* nennen. Man versteht darunter solche Urkunden, welche zwar an sich nur Privaturkunden sind, denen aber die Gesetze die Beweiskraft öffentlicher Urkunden darum beylegen, weil sie von drey Zeugen unterschrieben, und auch von ihnen nachher anerkannt worden sind.

Allein wenn die Gesetze nur bey einer gewissen Art von Rechtsgeschäften, nämlich bey Hypotheken, solchen Urkunden die Wirkung der öffentlichen Documente ertheilt haben, so daß die in denselben bestellten Hypotheken ein gleiches Vorzugsrecht mit denjenigen genießen sollen, welche in gerichtlichen Urkunden bestellt worden sind; so haben die Gesetze, wie schon Gönner [83]) bemerkt hat, nicht die Urkunde, sondern vielmehr das dadurch vollzogene Rechtsgeschäft begünstigen wollen. Es leuchtet mithin ein, daß wenn das Rechtsgeschäft selbst nicht begünstiget ist, auch eine von drey Zeugen unterschriebene Urkunde vor einer von zwey Zeugen, oder auch von Zeugen gar nicht unterschriebenen Urkunde keinen Vorzug habe. Es sind auch solche Urkunden, wenn gleich denselben in Ansehung des davon zu machenden Gebrauchs, die Kraft öffentlicher Urkunden zugeschrieben wird, dennoch, in Ansehung des Beweises der Authenticität, darin den Privaturkunden gleich, daß sie einer Recognition der unterschriebenen Zeugen

82) Martin Lehrbuch des bürg. Prozesses §. 194. Thibaut Syst. §. 1176. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1717.

83) Handbuch des deutschen gemeinen Prozeßes. 2. Band. Nr. XLVI. §. 3. S. 465.

bedürfen[84]). Nur darin haben sie vor andern Privaturkunden etwas Vorzügliches, daß durch die eidliche Recognition der Instrumentszeugen ein voller Beweis ihrer Aechtheit geliefert, und mithin die Anerkennung des Producten selbst überflüßig gemacht, so wie auch die eidliche Abläugnung dadurch ausgeschlossen wird[85]).

Zu den Urkunden, die zwar von Privatpersonen verfaßt sind, denen aber doch eine volle Glaubwürdigkeit beygelegt ist, rechnet man auch die Anmerkungen und Aufzeichnungen der Eltern in Familien-Sachen, insoferne sie unter den Kindern zum Beweis dienen sollen, wenn z. B. von der Collation die Rede ist[86]). Es müssen nur nicht Gründe vorhanden seyn, wodurch die den Annotationen der Eltern beygelegte Glaubwürdigkeit geschwächt wird, daher dann der Gegenbeweis allerdings zugelassen werden muß.

§. 1159.

Worauf kommt es bey der Beurtheilung der Beweiskraft einer Urkunde an?

Um die Beweiskraft einer Urkunde richtig zu beurtheilen, kommt es auf folgende Hauptpuncte an[87]). 1) Es

84) Gensler angef. Abhandl. §. 8. S. 63. Not. *.

85) S. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 89. S. 163. *Christ. Gottl.* BIENER Syst. process. iudiciarii. Tom. I. §. 147. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit ꝛc. 2. Th IX. Abschn. §. 2. Nr. 3. S. 222.

86) Gönner Handbuch am ang. Orte § 4. 9. und 17. und Carl Pfizer Versuch über die Collation der Descendenten §. 266.

87) Man sehe hier Gönner a. a. O. §. 5.

darf der Gültigkeit derselben an sich nichts entgegenstehen. Es darf also der Urkunde nicht an der gesetzlich vorgeschriebenen Form mangeln; z. B. dem Testamente nicht an der erforderlichen Zahl der Zeugen, wenn es aussergerichtlich errichtet worden ist. Urkunden, welche an sich ungültig sind, können keine Beweiskraft haben. 2) Die Authenticität der Urkunde muß ausser Zweifel gesetzt, d. i. es muß zur Gewißheit gebracht werden können, daß die Urkunde von dem wirklich herrühre, welcher als ihr Verfasser angegeben wird. Beydes Aechtheit und Gültigkeit einer Urkunde ist demnach wesentlich verschieden. Denn eine Urkunde kann an sich authentisch, und dessen ungeachtet ungültig seyn, wie Gönner [88]) gegen Schneider [89]) sehr richtig erinnert hat. Der Fall kann, wie bereits bemerkt worden ist, bey einem Testamente vorkommen, welches zwar von dem Erblasser ohne allen Zweifel geschrieben, aber doch wegen eines Mangels der erforderlichen Solennität ungültig seyn kann. Aber Aechtheit und Gültigkeit machen, wenn sie auch vereint sind, doch eine Urkunde nur zum Beweise tüchtig. Beydes genügt aber noch nicht immer zur Beweiskraft. Diese hängt noch 3) von dem Inhalt derselben ab. Die Urkunde muß auch ihrem Inhalt nach den Beweis wirklich herstellen. Es muß also auch 4) der Aussteller derselben diejenigen Eigenschaften haben, welche die Gesetze erfordern, damit die Urkunde, als Erkenntnißgrund der Wahrheit, ihrem Inhalt nach, gelten kann. Ihrem Inhalt nach kann nun eine Urkunde von dreyerley Art seyn. Sie enthält

88) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. 2. B. Motive 2. Abth. S. 430.

89) Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 196.

entweder a) eine einseitige Verfügung und Willenserklärung des Verfassers, welcher dadurch über seine Vermögensrechte einseitig etwas festsetzte, und festsetzen konnte, z. B. Testamente, fideicommissarische Stiftungen. Oder b) ein Geständniß desjenigen, welcher sich verbindlich machen, und durch Eingeständniß seine Verbindlichkeiten anerkennen kann. Z. B. Contracte, Schuldverschreibungen, Quittungen. Oder c) die Erklärung eines Dritten über eine von diesem gemachte Wahrnehmung d. i. ein Zeugniß von der Wahrheit einer Thatsache. Z. B. Protocolle, Atteſtate u. dgl.

Bey der ersten Gattung von Urkunden kommt es auf die verbindliche Kraft einer einseitigen Willenserklärung an. Ihr Inhalt entscheidet also in so weit, als die Rechte unter den Partheyen von einer einseitigen Disposition abhangen, und diese die Willenserklärung des Verfassers der Urkunde als verbindlich anerkennen müssen [90]. So z. B. gilt das Testament eines Vaters für die darin bestimmten Erbtheile seiner Kinder, sofern keines derselben in seinem Pflichttheile verletzt ist, so wie das Testament eines jeden andern Erblassers für die darin bestimmten Vermächtnisse, die der Erbe auszahlen soll, als einseitig verbindende Disposition; so wie das Testament an sich die darin geschehene Erbeinsetzung, und die Vermächtnisse, die darin angeordnet worden sind, beweißt.

Bey der zweyten Gattung von Urkunden kommt es auf die Natur und Wirkung eines Geständnisses an; dieselben müssen also daraus beurtheilt werden. So wie nun jedes Geständniß die Absicht voraussetzt, eine rechts-

90) Gönner a. a. O. §. 17. S. 484.

verbindliche Handlung vorzunehmen, welche man den animus confitendi nennt; so kann diese immer eher bey einem schriftlichen Geständniß angenommen werden, als bey einem andern aussergerichtlichen Geständniß, weil die Ausfertigung einer Urkunde über Rechtsgeschäfte eine Handlung ist, welche den Stempel des Vorbedachts an sich trägt [91]).

Endlich soviel die dritte Art der Urkunden anbetrifft, so müssen diese ganz nach der Natur der Zeugnisse beurtheilt werden, ihre Beweiskraft kann also die Beweiskraft eines Zeugnisses nicht überschreiten. Es kommt demnach darauf an, ob sie ein bloßes Privatzeugniß, oder ein öffentliches Zeugniß enthalten. Ist eine Urkunde von einer öffentlichen Person über die Wahrheit einer Begebenheit, die in ihr Amt einschlägt, in der Form ausgefertiget worden, in welcher ihr die Gesetze ein öffentliches Ansehen beylegen, so hat sie, als ein documentum publicum, volle Beweiskraft [92]); doch ist diese Beweiskraft nicht so unumstößlich, daß sie nicht einen Gegenbeweis zuließe [93]). Dahingegen haben unbeschworne schriftliche Privatzeugnisse in der Regel keine Glaubwürdigkeit [94]). Ist jedoch ein solches Privatdocument sehr alt, so daß ihr kein Verdacht eines Betrugs entgegensteht; so wird ihr wenigstens die Wirkung eines

91) Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses. 2. B. Nr. XLIII. § 9. und Nro. XLVI. §. 17.

92) *L. ult. Cod. de re iudic. L. 31. Cod. de donat. L. 10. D. de probat.*

93) *Cap. 10. X. h. t.* Reinharth Select. Observat. ad Christinaei Decisiones. Vol. III. Obs. 6. Geiger's und Glück's merkw. Rechtsfälle und Abhandlungen. 1. B. Nr. XI.

94) *L. 4. L. 9. Cod. de testibus.*

halben Beweises beygelegt [95]; ja in Sachen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, werden solche Zeugnisse zu einer provisorischen Verfügung als Bescheinigungen der geringsten Art angenommen [96].

Zu dieser dritten Gattung der Urkunden gehören auch die Aufzeichnungen der Eltern, welche z. B. als Maasstab der Collationsverbindlichkeit für die Kinder ein Zeugniß abgeben, dem volle Glaubwürdigkeit beygelegt wird [97].

§. 1160.

Beweis der Authenticität.

Bey Urkunden beruht kann also die Beweiskraft derselben vorzüglich auf ihrer Authenticität oder Auctorschaft. Diese ergiebt sich bey den öffentlichen Urkunden zwar schon aus ihrer Form, und dem öffentlichen Siegel, womit sie versehen sind. Sie bedürfen daher keines weitern Beweises der Aechtheit, ob sie gleich dem Producten wenigstens zur Agnition vorgelegt werden müßen, und er muß dann ihre Authenticität anerkennen, wenn er nicht den Beweis ihrer Unächtheit zu führen vermag, wozu er sich aber der eidlichen Abläugnung nicht bedienen kann. Bey Privaturkunden hingegen muß der Beweis ihrer Authenticität durch Recognition geführt werden. Diese geschieht entweder

95) Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 73. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. Nr. XXIV. §. 5. Schneider vom rechtlichen Beweise §. 239.

96) Gönners Handbuch. 2. B. Nr. XLVI. §. 17. a. E.

97) Gönner a. a. O. §. 18.

1) durch das Eingeständniß des Producten, daß die Urkunde von ihm, oder demjenigen herrühre, welcher für den Verfasser derselben gehalten wird. Diese kann entweder eine ausdrückliche, oder eine stillschweigende seyn. Letztere wird daraus gefolgert, wenn der Product gegen die Urkunde keine Einwendung gemacht, oder die Urkunde selbst für sich gebraucht hat [98]). Wird die Anerkennung derselben wegen Ungehorsams für geschehen angenommen, so wird sie ein *recognitio ficta* genennt. Da jedoch dieselbe keine wahre Anerkennung ist, so kann die Wirkung einer solchen Recognition, als Folge des Ungehorsams, nicht über die Gränzen des gegenwärtigen Rechtsstreits hinaus erstreckt werden [99]).

2) Durch Zeugen, welche entweder bey Ausfertigung der Urkunde zugegen waren, oder die Urkunde selbst als Zeugen unterschrieben haben, in welchem letzten Falle sie durch Anerkennung ihrer Unterschrift das Zeugniß ablegen.

§. 1161.

Antretung des Urkundenbeweises.

Soll nun der Beweis durch Urkunden geführt werden, so muß der Beweisführer in der Schrift, worin er den Beweis antritt, vor allen Dingen erklären, daß er sich dieses Beweismittels bedienen wolle, dabey den Beweissatz bestimmen, und die Urkunden angeben. Sind deren mehrere, so werden sie mit Zahlen oder Buchstaben bezeichnet. Sind sie in fremder Sprache abgefaßt, so

98) Danz Grds. des ordentl. Prozeßes. §. 331. u. 332. Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 89. Not. a.

99) Gönner's Entwurf. 2. B. 2. Abthl. S. 440.

müssen sie von vereideten Sprachkundigen übersetzt, und mit der Uebersetzung dem Producten zugestellet werden. Zur Inductio documentorum genügt jedoch zur Zeit auch nur die Beylegung von Abschriften. Der Producent muß sodann den Richter zur Einleitung des hierzu erforderlichen Verfahrens auffordern, welches durch die Bitte geschieht, einen Termin zur Vorlegung der Original-Urkunden anzuberaumen, und den Producten darauf zur Anerkennung derselben peremtorisch vorzuladen. Diese Beweisantretung muß noch vor Ablauf des Beweis-Termins geschehen. Binnen demselben müßen alle Urkunden angegeben werden, deren sich der Producent bedienen will. Nur neu aufgefundene Urkunden, wenn der Producent eidlich bekräftiget, daß er früher keine Wissenschaft von denselben gehabt habe, und solche, welche zum liquiden Beweis einer Einrede dienen, die auch noch in Executions-Termin rechtliches Gehör findet, werden nach Ablauf des Beweis-Termins noch zugelassen. Auch kann eine vor der Recognition verlohren gegangene Urkunde durch eine oder mehrere ersetzt werden [100]. So lange jedoch die Beweisfrist noch nicht abgelaufen ist, steht es dem Beweisführer frey, angegebene Urkunden zurückzunehmen, oder auch noch neue hinzuzuthun. Eben dieses steht ihm bis zur Production der Urkunden frey, wenn der Beweis-Termin nicht peremtorisch war. Ist gar kein Beweis-Termin vorgeschrieben, so können noch bis zum Beschluß der Sache neue Urkunden beygebracht werden [1].

100) Gönner's Handbuch 2. Band. Nr. XXXIX. §. 7.

1) Danz Grundſ. des ordentlichen Prozesses §. 322.

§. 1162.

Productions-Termin.

In dem Productions-Termin müssen nun die inducirten Urkunden dem Producten im Original vorgelegt werden. Bleibt daher der Producent aus, oder er ist zwar erschienen, hat aber die Urkunden nicht vorgelegt, so tritt die Strafe der Desertion ein, und die Urkunden können, auf Anrufen des Producten, für verlohren erklärt werden [2]. Ist aber die Production in dem Termin geschehen, so hat sie die Wirkung, daß die vorgelegten Documente von nun an in dem Sinne gemeinschaftlich werden, daß sie nun nicht mehr zurückgenommen werden können, und der Producent sie auch wider sich selbst gelten lassen muß [3]. Hat der Product gegen die Zuläßigkeit der vorgelegten Urkunden oder der übergebenen Artikel gegründete Einwendungen, so muß er sie in dem Productions-Termin gehörig vorbringen, und sich darüber richterliche Entscheidung erbitten. Man nennt das dadurch veranlaßte besondere Verfahren das Productionsverfahren [4]. Ob nicht auch Copien zum Beweis gebraucht werden können, kommt auf die Umstände an [5]. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Der Product hat die Copie, als mit dem Original gleichlautend, anerkannt. Es kann dieses nicht nur aus-

2) Danz §. 324.

3) Gönner's Handbuch. 2. B. Nr. XXXIX.

4) Danz Grundf. §. 327 und 328.

5) S. *Io. Aug.* Hellfeld, oder *Io. Guil.* Nieper Diss. de probatione per exempla seu copias documentorum. *Ienae* 1762. *Io. Ern. Iust.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. 1. Obs. 461.

drücklich geschehen, wenn er die Copie unterschrieben, oder im Gericht erklärt hat, daß die Copie richtig sey; sondern auch stillschweigend, wenn der Product nichts dagegen eingewendet, oder sich derselben zu seinem Beweise selbst bedient hat. Daß in diesem Falle die Copie dem Original gleichzuachten, ist außer Zweifel [6].

2) Hat der Product die Copie auf diese Art nicht anerkannt, so ist zu unterscheiden, ob die Abschrift beglaubt, oder unbeglaubt ist.

a) Ist die Abschrift beglaubt, so ist wieder zu unterscheiden.

α) Es ist eine Abschrift von einer öffentlichen Urkunde. Eine solche Abschrift beweißt vollständig, sofern die Urkunde, von der sie entnommen wurde, auch ohne Recognition Beweiskraft hat.

β) Die beglaubte Abschrift ist von einer Urkunde, welche ohne Recognition oder Beweis ihrer Authenticität nichts beweißt. Eine solche Abschrift ist entweder

aa) mit Einwilligung aller Interessenten gefertiget worden. Hier ist sie dem Original gleichzuachten [7]. Oder

bb) es ist dieses nicht der Fall. Hier kann die Abschrift dem Original anders nicht gleichgeachtet werden, als wenn der Beweis der Aechtheit geliefert werden kann [8].

Ob übrigens die Beglaubigung vom Gericht oder von einer andern öffentlichen Person, z. B. von einem Notar,

6) HELLFELD cit. Diss. §. 10.

7) *Io. Iod.* BECK Diss. de vidimus sive copiis vidimatis. *Altorfii* 1745. §. 6. pag. 11.

8) Gönner's Handbuch 2. B. Nr. XLVI. §. 8. S. 371.

geschehen ist, ist gleichviel, wenn nur die Abschrift mit einem öffentlichen vollgültigen Zeugniß versehen ist, daß sie mit dem Original übereinstimme [9]). Zu dieser Beglaubigung wird nun aber erfordert, daß derjenige, welcher die Abschrift vidimirt, aus hinlänglichen Gründen überzeugt seyn müße, daß die Urkunde, von der sie entnommen wird, das wahre Original sey. Da nun öffentliche Urkunden keiner Recognition bedürfen, weil sie die äußeren Merkmale ihres öffentlichen Glaubens an sich tragen, so sind die davon gemachten Abschriften immer dem Original gleichzuachten, ohne daß eine Zustimmung der Partheyen dazu erforderlich ist [10]). Ganz anders verhält sich die Sache mit Privat-Urkunden. Abschriften, die davon entnommen werden, wenn sie durch öffentliche Beglaubigung eine dem Original gleiche vollkommene Beweis-

9) Beck cit. Diss. §. 3. Hellfeld cit. Diss. §. 22. und *Io. God.* Moesler Diss. de notariis publicis. *Viteb.* 1800. §. 4. nr. 9. pag. 10. sqq.

10) Hellfeld cit. Diss. §. 20. in fin. und Ernst Christ. Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 122. §. 19. Nur bey Notariats-Vidimationen wird die Zuziehung von Zeugen erfordert. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXX. medit. 2. Mehrere Rechtsgelehrten wollen jedoch den Abschriften öffentlicher Urkunden, die von Notarien ohne Einwilligung der Interessenten ausgefertiget worden sind, keine volle Beweiskraft beylegen, sondern meinen, der Richter könne deshalb nur auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkennen. S. Danz Grds. des ordentlichen Prozeßes §. 326. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 2. Th. IV. Abschnitt §. 5. Man sehe aber Moesler Diss. cit. §. 4. pag. 11. sqq.

kraft erhalten sollen, erfordern eine vorgängige Untersuchung, daß die Urschrift richtig sey. Sie muß also entweder von dem Aussteller selbst, oder von demjenigen, gegen welchen sie zum Beweis gebraucht werden soll, anerkannt seyn [11]. Ohne diese vorgängige Untersuchung wird die beglaubte Abschrift keine größere Beweiskraft haben, als eine simple Copie, weil sich dann die Beglaubigung nur auf die Richtigkeit der Abschrift, als solcher, beziehen, auf die Frage aber, ob das copirte Document Original sey, keinen Einfluß haben kann, da es dem Vidimirenden an der Ueberzeugung von der Authenticität der Urschrift fehlte [12].

b) Unbeglaubte Abschriften, wenn sie der Producent nicht für gleichlautend mit dem Original selbst anerkannt hat, haben an sich keine Beweiskraft, weil aus der Copie nicht zu ersehen ist, daß die Urkunde wirklich von dem geschrieben sey, welcher als ihr Urheber angegeben wird [13]. Man macht indessen folgende Ausnahmen.

1) Wenn bewiesen werden kann, daß das Original-Document durch einen Zufall verloren gegangen sey, und außer diesem Beweise des Zufalls noch andere Umstände hinzukommen, die den angegebenen Inhalt der Urkunde wahrscheinlich machen. In diesem Falle wird der Beweis-

11) *Cap.* 16. *X. h. t.* HELLFELD Diss. cit. §. 20. Man sehe auch *Iust. Henn.* BOEHMER Ius Eccl. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 5. und Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürg. Rechts 1. Th. S. 122. §. 19.

12) Gönner's Handbuch. 2. B. Nro. XLVI. §. 9. a. E.

13) *L.* 2. *D. h. t.* *Cap.* 1. *X. eodem.*

führer zum iuramento suppletorio gelassen [14]). Ja es können Umstände eintreten, welche der bloßen Abschrift eine solche Glaubwürdigkeit geben, daß sie einen völligen Beweis macht [15]).

2) Wenn die Copie sehr alt ist, und noch andere Gründe hinzutreten, welche allen Verdacht eines Betrugs ausschließen [16]), denn ohne adminiculirende Gründe kann das Alter an sich einer bloßen Copie noch keine Beweiskraft verschaffen [17]). Nicht leicht wird jedoch eine solche Copie den Mangel des Originals ersetzen, sondern nach Befinden der Umstände dem Reinigungs- oder Erfüllungseide Raum geben [18]). Es verstärkt sich indessen die Glaubwürdigkeit derselben, wenn sie in einem öffentlichen Archive, oder gerichtlichen Registratur gefunden worden ist, in welchem Falle sie dem Original gleichgeachtet wird, besonders wenn sie mit dem gegenwärtigen Besitzstand übereinstimmt [19]).

14) *L.* 5. C. *h. t.* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXVI. medit. 7. Reinharth select. Observation. ad Christinaeum. Vol. V. Obs. 21.

15) Einen solchen Fall hat Joh. Christ. Ludw. Fresenius in den Meditationen für Rechtsgelehrte. 2. Bd. Nr. VIII. S. 194—201.

16) Hellfeld cit. Diss. §. 15.

17) Leyser Specim. CCLXI. medit. 7.

18) Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 68. et Tom II. P. IX. Obs. 162.

19) Boehmer iur. ecclesiast. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 22. §. 8. Müller ad *Struvium* Tom. II. Syntagmatis iur. civ. Exercit. XXVIII. Th. 31. not. δ. et ε. und Joh. Christ. Conr. Schröder's vermischte jurist. Abhandlungen. 2. B. S. 199. f.

3) Wenn das Original durch Betrug oder ein demselben gleichstehendes grobes Verschulden des Producten zu Grunde gieng [20].

4) Wenn eine Urkunde wegen ungehorsamlicher Verweigerung des Gegners für vorgelegt angesehen wird. In beyden Fällen wird die Copie dem Original gleichgeachtet, und beweist gegen den Producten vollständig, was dadurch bewiesen werden sollte [21].

§. 1163.

Diffession der Urkunden. Diffessionseid.

Obwohl öffentliche Urkunden, sofern sie die gerichtskundigen Merkmale an sich tragen, daß sie von einer öffentlichen Behörde, oder unter deren Mitwirkung ausgefertiget worden sind, keiner Recognition, das ist, keiner ausdrücklichen Erklärung von Seiten des Producten bedürfen, ob er sie für diejenigen halte, wofür sie ausgegeben werden; so können doch Fälle vorkommen, wo auch die Qualität einer öffentlichen Urkunde eines besondern Beweises bedarf. Dieser besondere Beweis ihrer Aechtheit tritt ein, wenn entweder jene Merkmale des öffentlichen Glaubens nicht gerichtskundig sind, die Urkunde ist z. B. mit einem ausländischen, dem Richter unbekannten, Siegel versehen; oder wenn diese Merkmale unvollständig erscheinen, oder Zeichen der Ungewißheit an sich tragen, z. B. wenn das Siegel beschädiget, und nicht mehr erkennbar

20) *L. 20. Cod. de probat.* Gönner's Handbuch. 2. B. Nr. XLVI. §. 8. S. 470. Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts. 2. Band. §. 1726.

21) Hellfeld cit. Diss. §. 11. und Gönner a. a. O.

ist [22]). Dieß sind aber nur Ausnahmen von der Regel, wo dem Producenten der Beweis der Aechtheit der Urkunde obliegt; denn in der Regel muß der Product öffentliche Urkunden als authentisch anerkennen, oder ihre Unächtheit beweisen [23]). Eine solche Agnition kann auch stillschweigend dadurch geschehen, wenn der Product nichts dagegen einwendet [24]). Privatdocumente hingegen, so wie auch die sogenannten documenta quasi publica, müssen, wenn sie beweisen sollen, erst recognoscirt. d. i. als ächt anerkannt werden [25]). Wird die Recognition verweigert, d. h. läugnet der Product, daß die wider ihn vorgebrachte Urkunde eine solche sey, wofür sie von dem Producenten gehalten wird; so wird diese Diffession als eine verneinende Litiscontestation angesehen [26]), welche auf Seiten des Producenten die Verbindlichkeit herbeyführt, die Aechtheit der vorgelegten Urkunde zu beweisen. Zu dieser Beweisführung kann sich der Producent aller legalen Beweismittel bedienen, welche ihm zu Gebote stehen; er kann die Zeugen eidlich abhören lassen, welche die Urkunde unterschrieben haben, oder welche bey der Ausstellung derselben gegen-

22) Gensler über die Begriffe: Beweis, Beweismittel ɪc. §. 8. S. 60. u. 61. Not. ***.

23) Anderer Meinung ist Martin im Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes. §. 202. a. E.

24) Gensler a. a. O. S. 61.

25) S. Ernst Christ. Westphals öffentliche und privat-Rechtsgutachten u. Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts, 1. B. S. 118. §. 3.

26) Mevius Tom. I. P. III. Decis. 172. et Tom. II. P. VI. Decis. 278. Gönner's Handbuch 2. Band Nr. XLVI. §. 14.

wärtig waren [27]; oder er kann auch gleich die eidliche Erhärtung von dem die Aechtheit der Urkunde verneinenden Producten verlangen. Das Römische Recht kennt hier keinen andern Eid, als den angetragenen. Folgende Stelle des Röm. Rechts setzt dieses ausser Zweifel.

Nov. XVIII. Cap. 8.

Si [28]) quis enim syngrapham alicuius proferat, hic vero eam neget, etsi manum eius prae se ferat, *ita ut actor in ea probanda molestiam subire cogatur:* aut manum quidem agnoscat, neget vero debitum sibi solutum esse, actorque legitimo modo id probet, sancimus, ut utroque casu in duplum condemnetur. —

Haec vero dicimus, *nisi actor probationibus renuncians, iuramento rei inficiationem hactenus factam solvi velit.* Si enim tale quid fecerit, siquidem statim ab initio post inficiationem *iuramentum deferat,* et ille statim id, quod prius inficiatus erat, confiteatur, quantum ad duplum extra periculum erit. Si vero longius protracta lite tum demum actor *iuramentum deferat,* hic vero etiam sic confiteatur id quod defertur, poena quidem dupli eum eximimus, actori vero omnes impensas propter probationem hucusque factas iuramento illius definiendas, eum, qui initio quidem inficiatus, deinde vero confessus est, solvere iubemus.

27) *Nov. LXXIII. Cap.* 1. *et* 4. *L.* 20. *Cod. de fide instrum.*

28) Nach Hombergks Uebersetzung.

Die daraus gezogene *Auth. Contra Cod. de non numerata pecunia* lautet folgendermaßen:

Contra, qui propriam scripturam, qua convenitur, abnegat, vel numerationem inficiatur: convictus in duplum condemnetur: nisi, *sacramento illato* confiteatur: tunc enim non punitur, nisi in expensas circa probationes factas, actoris iuramento declarandas.

Auch nach den Gesetzen der alten Teutschen mußte der Product seine Abläugnung eidlich erhärten [29], jedoch sollte nach den Gesetzen der Westgothen [30] zuvor der Producent schwören, daß mit der Urkunde kein Betrug vorgegangen, noch daran einige Verfälschung weder von ihm, noch auch, soviel er wisse, von irgend einem Andern geschehen sey. Dieß war gewissermassen ein Gefährde-Eid, welchen der Product von dem Producenten fordern konnte, wenn er die Abläugnung der Urkunde beschwören sollte. Die merkwürdigen Worte dieses Gesetzes lauten bey Georgisch folgendermaßen:

Proinde cum de quibuslibet scripturis parentum, quas tamen iustissime ac legitime de rebus sibi debitis patuerit esse conscriptas, fuerit exorta contentio: si ille, cui scriptura profertur, nescire se dixerit ipsius scripturae veritatem, mox prolator ille iurare cogatur, nil fraudis vel laesionis in

29) *Lex Alamannor.* Tit. II. §. 2. nach der berichtigten Lesart des Balüze in notis ad Capitularia Tom. II. pag. 1001.

30) *Lex Wisigothor.* Lib. II. Tit. 17. in *Pet.* Georgisch Corpor. iuris Germ. ant. pag. 1912.

ea quandoque aut a se factum esse, aut ab alio quocunque factum omnimodo cognovisse vel nosse: sed ita manere, sicut auctor eius eam voluit ordinare vel roborare. Deinde ille, qui eam renuit accipere, cogatur iurare, se hanc scripturam veram esse nescire, nullaque evidenti cognitione sapere, seu ab auctore suo legitime confectam existere, neque subscriptionem vel signum auctoris veridice factum cognoscere.

Der jüngste Reichsabschied vom Jahre 1654. hat hierin nichts geändert, sondern verordnet blos §. 39. daß wenn der Kläger seine habenden Beweisthümer und Urkunden nicht gleich mit der Klage, sondern erst in dem ersten Termin einbrächte, dem Beklagten dann unverwehrt wäre, Abschriften und Zeit darauf zu handeln zu begehren, jedoch daß er nichts destoweniger auf den Libell antworte, auch *in puncto recognitionis*, auf des Klägers Erfordern, sich der Gebühr *recognoscendo vel diffitendo*, unter gewöhnlichen Präjudiz und Straf des Procuratorn, vernehmen lasse.

Von einem Eide ist nun eigentlich hier gar nicht einmal die Rede, sondern der Sinn dieser Worte geht offenbar nur dahin, der Kläger könne verlangen, daß der Beklagte nicht nur auf die Klage antworte, sondern auch im Betreff der wider ihn vorgebrachten Urkunden sich darüber in Termino erkläre, ob er deren Richtigkeit anerkenne, oder nicht. Denn *diffiteri* heißt eigentlich nichts anders als läugnen, daß die Urkunde von dem herrühre, von welchem sie verfaßt seyn soll, ihre Richtigkeit in Zweifel ziehen, sie nicht für das Document anerkennen, wofür sie von dem Producenten ausgegeben worden ist. Davon ist aber die

eidliche Abläugnung noch sehr unterschieden. Mit Recht bemerkt daher Walch [31]), daß schon die älteren sowohl Jenaischen als Leipziger Rechtsgelehrten die Stelle des jüngsten Reichsabschiedes anders nicht verstanden hätten, als daß das Gesetz dem Producten blos Antwort und Einlassung auf die wider ihn vorgebrachten Urkunden zur Pflicht gemacht habe, und zwar entweder eine affirmative durch Anerkennung, oder eine negative durch Abläugnung der Urkunde. Ob nun in dem letzten Falle der Producent es auf den Eid des Producten ankommen lassen, oder die Richtigkeit der Urkunde durch andere Beweise ausser Zweifel setzen wolle, darüber hat das Gesetz gar nichts bestimmt, mithin es stillschweigend bey dem Röm. Rechte bewenden lassen. Gleichwohl glauben unsere heutigen Practiker, es sey in diesem Gesetz für den Fall der Abläugnung einer Urkunde eine eigne Art des Eides sanctionirt, der den Römern ganz fremd gewesen, und blos vaterländischen Ursprungs sey. Man nennt ihn den Diffessionseid, und streitet sich darüber, zu welcher Art von Eiden derselbe zu zählen sey. Die meisten halten ihn für ein iuramentum necessarium, doch nach ganz verschiedenen Ansichten. Einige [32]) erklären ihn für einen gesetzlichen Eid von eigenthümlicher Natur, wozu die Gesetze den Producten verbinden. Daher könne derselbe von dem Producenten weder

31) Diss. de instrumentorum post iuratam eorum diffessionem fide. *Jenae* 1758. §. 4. in fin.

32) Carpzov Iurispr. for. P. I. Const. 12. Def. 27. Stryk de cautel. iuramentor. P. III. Sect. III. cap. 5. von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamk. 1. B. Erört. XXIV. §. 3. von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XLVI. §. 11. 13.

einen Gefährdeeid fordern, noch dem Producenten den Eid zurückgeben. Wolle er jedoch den Eid nicht schwören, so könne er denselben dadurch beseitigen, daß er sein Gewissen mit Beweis vertrete. Andere [33]) halten den Diffessionseid für einen Reinigungseid. Noch andere [34]) für einen Eid gegen Gefährde, welcher daher weder Zurückschiebung, noch Gewissensvertretung zulasse. Alle diese Meinungen sind jedoch in einer neuern Schrift [35]) hinlänglich geprüft und zur Genüge widerlegt worden. Die richtigere Ansicht scheint mir noch immer die zu seyn, daß der Verläugnungseid in den meisten Fällen die Natur des zugeschobenen Eides habe, und daher nicht nur dem Producenten zurückgeschoben, sondern auch durch Gewissensvertretung abgewendet werden

33) Griebner Princip. proc. iud. Lib. I. cap. 3. Sect. 3. §. 8. Pufendorf Observ. iur. univ. Tom. I. Obs. 55. Schaumburg Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. I. cap. 3. §. 23. Canz Tr. de probabilitat. iurid. §. 202. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 4462. in fin. et §. 4463. und *Jo. Car. Ern.* Piper Diss. de vera iuramenti diffessionis indole. *Jenae* 1806.

34) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 95. Hertius Decis. LXXIV. nr. 1. *Jo. Ge.* Frommann Diss. de iuramento diffessionis. *Marb.* 1723. *Chr. J. A.* Sengebusch Diss. de indole iuramenti diffessionis. *Goettingae* 1801. und Martin Lehrbuch des bürgerl. Prozesses. §. 197. Not. 5. u. §. 203. Not. d.

35) *Sigism.* Zimmern Commentat. de iuramento diffessionis. *Heidelbergae* 1817. 8. Man sehe auch Gensler's theoret. practische Bemerkungen über die Anerkennung schriftlicher Beweisurkunden, im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XXXII. S. 325. ff.

könne. Diesen richtigen Blick hatte zuerst Malblanc [36]), welcher diese Meinung aus sehr bündigen Gründen vertheidigte. Ihm folgten mit Recht Danz [37]), Grolman [38]), Biener [39]) und Schneider [40]). Will man auch das *diffitendo* in der oben angeführten Stelle des jüngsten Reichsabschiedes von einer eidlichen Abläugnung verstehen, so ist doch alles hierbey durch des Klägers Erfordern bedingt. Wie könnte also der Richter, ohne dem Rechte des Klägers zu nahe zu treten, geradezu erkennen, der Product sey verbunden, die Urkunde entweder anzuerkennen, oder eidlich zu diffitiren [41])? Nach dem Gesetz kann der Richter blos dem Producten sub praeiudicio auflegen, sich auf die Urkunde zu erklären, ob er sie anerkenne, oder nicht, und muß dann in dem letztern Falle dem Producenten überlassen, auf welche Art er nun den ihm obliegenden Aechtheitsbeweis zu führen gedenke. Wählt er nun, statt alles weitern Beweises, des Producten Eid, so kann auch dem Producten, wie unsere heutigen Rechtsgelehrten [42]) mit Recht behaupten, nicht versagt werden, den Beweis der Nichtächtheit der Urkunde zu unternehmen. Kann nun

36) Doctr. de iureiurando. §. 50.

37) Grundsätze des ordentlichen Prozeßes §. 334.

38) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 89.

39) Syst. process. iudiciar. Tom. II. §. 149. pr. pag 301.

40) Vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Abth. Anmerk. XLVII. S. 489.

41) S. Gensler's angef. Bemerkungen. a. a. O. Not. 30. S. 324.

42) Gönner's Handbuch. 2. B. Nr. XLVI. §. 13. Gensler's angef. theoret. pract. Bemerkungen. S. 325.

auch hier, wie man zugiebt, der Schiedeseid Platz greifen [43]), warum sollte der Product nicht auch den von ihm geforderten Eid dem Producenten zurückgeben können, wenn beyde von der Urkunde gleiche Wissenschaft haben [44])?

Zuweilen kann indessen der Diffeßionseid die Natur eines nothwendigen Eides annehmen, wenn nämlich entweder der von dem Producenten unternommene Aechtheitsbeweis sich noch nicht bis zum Grade eines halben Beweises erhoben, oder der Product durch die unternommene Gewissensvertretung für sich nur einen halben Beweis der Unächtheit beygebracht hat, wo dann in dem ersten Falle dem Producten der Reinigungseid, in dem letzten aber der Erfüllungseid zuzuerkennen ist [45]). Aus allem ergiebt sich nun auch, daß der Unterschied, den Martin [46]) in Rücksicht der Diffession zwischen solchen Privaturkunden macht, welche angeblich vom Producten eigenhändig, oder von solchen Personen ausgestellt seyn sollen, für deren Handlungen er haftet, und solchen, bey denen weder das Eine noch das Andere der Fall ist, wenn nämlich Product nur in Ansehung der ersten zur Agnition (Recognition) oder eidlichen Diffession verbunden, in Ansehung der letzteren

43) Geßler a. a. O. Not. 36.

44) Daß der Product die Unächtheit der Urkunde unter andern auch durch Zurückschiebung des Diffessionseides darthun könne, behauptet auch Thibaut Syst. des Pandectenrechts 3. Bd. §. 1181. aus dem Grunde, weil dieser Eid ein vom Producenten stillschweigend zugeschobener ist.

45) S. ZIMMERN cit. Commentat. §. 13. et §. 14.

46) Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 202. und §. 203.

aber nur die Recognition Statt finden, die eidliche Diffession aber unzuläßig seyn soll, in den Gesetzen keinen Grund habe, als welche vielmehr den Producten, auf des Klägers Erfordern, schlechthin verbinden, sich auf die wider ihn vorgebrachte Urkunden der Gebühr nach recognoscendo oder diffitendo unter gewöhnlichem Präjudiz vernehmen zu lassen [47]. Auf beyde Fälle geht auch die Eides-Formel, jedoch mit dem Unterschiede, daß wenn die Urkunde für eine solche ausgegeben wird, welche von dem Producten herrühren soll, der Eid mit Gewißheit und also dahin abzuschwören ist, daß Product die Urkunde weder selbst geschrieben, oder unterschrieben habe, noch solche mit seinem Wissen oder Willen von einem Andern geschrieben oder unterschrieben worden sey; wird sie aber für eine solche ausgegeben, welche von einem Andern herrührt, die Eidesformel dahin geht, daß er nicht wisse, auch nicht glaube, noch dafür halte, daß der von dem Beweisführer angegebene Aussteller die Urkunde selbst geschrieben oder unterschrieben habe, oder daß solche mit seinem Wissen oder Willen durch einen Andern geschrieben oder unterschrieben worden sey [48]. Da von

47) J. R. A. § 39. S. *Franc. Joachim.* BAYN Diss. de recognitione et diffessione manus alienae. *Giessae* 1750. Cap. III. §. 16—18. Danz Grundsätze des ord. Prozesses § 334. So werden z. B. Vormünder in Sachen ihrer Mündel zur Recognition und eidlichen Diffession der wider sie vorgebrachten Urkunden zugelassen. S. *Jo. Heinr.* BERGER Diss. de modis declinandi recognitionem et diffessionem instrumentorum. Cap. I. §. 7. und BAYN cit. Diss. §. 18.

48) S. BAYN cit. Diss. Cap. 3. §. 16. S. Oelze Anlei-

der Ableistung dieses Eides häufig Gewinn und Verlust des ganzen Rechtsstreits abhängt, so würde er seinen Zweck verfehlen, wenn er durch einen Bevollmächtigten abgeschworen werden dürfte, wie einige [49]), besonders diejenigen behaupten, welche ihn für einen Gefährde Eid halten [50]). Der Eid muß also von dem Producten in eigner Person abgeleistet werden [51]); denn dieß ist die Regel bey allen gerichtlichen Haupteiden [52]), und kein Gesetz macht bey dem Diffeßionseide eine Ausnahme. Eine Ausnahme könnte also nur dann eintreten, wenn der Beweisführer in die Ableistung desselben durch einen Bevollmächtigten willigte [53]).

Uebrigens bemerkt Hellfeld noch in Rücksicht der Recognition, daß die Anerkennung sowohl in Ansehung der Unterschrift der Urkunden, als in Ansehung ihres Inhalts geschehen müße. Die erstere schließt jedoch die letzte schon in sich, weil von demjenigen, der eine Urkunde unterschrieben hat, nothwendig angenommen werden muß, daß er den Inhalt derselben gekannt, und in denselben gewilliget habe [54]).

tung zur gerichtlichen Praxis §. 224. und Gensler im Archiv für die civilist. Praxis. 2. Band S. 325. Not. 37.

49) Danz Grundß. des ordentlichen Prozesses. § 334. a. E.

50) Martin Lehrbuch des bürgerl. Proz. §. 203 Not. d.

51) S. ZIMMERN Commentat. de iuramento diffessionis. §. 21. und Gensler's theoret. pract. Bemerkungen über die Anerkennung der schriftlichen Beweisurkunden; in dem Archiv für die civ. Prax. 2. B. S. 327.

52) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 806.

53) Delze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 224. Nr. 4. S. 341.

54) *L. 8. §. 15. D. Quib. modis pign. vel hyp. solvit.* LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXVIII. medit. 1.

Wegen dieser Vermuthung steht es daher dem Producten in der Regel nicht frey, seine Unterschrift anzuerkennen, den Inhalt derselben aber eidlich abläugnen zu wollen [55]. Es können indeßen Ausnahmen Statt finden. Dahin gehört,

1) wenn der Product beweisen kann, daß er seinen Namen unterschrieben habe, ohne den Inhalt der Urkunde zu wissen. Dieß kann Erstens der Fall seyn, wenn der Product ein Blanket ausgestellt hat, welches er in der Absicht, daß es mit einem andern Inhalt ausgefüllt werden sollte, unterschrieb, dieses aber gegen seine Absicht gemißbraucht worden ist. Es läßt sich auch Zweytens der Fall gedenken, daß der Product nicht Geschriebenes lesen konnte, und ihm der Inhalt entweder gar nicht, oder falsch vorgelesen worden ist. Der Diffeßionseid kann jedoch in diesen Fällen nicht zum Beweise der Unächtheit dienen, weil dieser eigentlich den Fall voraussetzt, wo nicht demjenigen, welcher denselben schwören soll, sondern vielmehr demjenigen, welcher ihn fordert, der Beweis obliegt [56]. Dahingegen kann sich der Product, dem in den angeführten Fällen der Beweis obliegt, ohne allen Zweifel der Eidesdelation bedienen [57].

55) Büchner Untersuchung der Frage, ob derjenige, welchem eine Handschrift zur Anerkennung, oder eidlichen Abläugnung vorgelegt worden, die Unterschrift anerkennen, den Inhalt aber eidlich abläugnen könne? Göttingen 1780. 4. Danz Grundſ. des ordentl. Proz. §. 333. nach der Gönnerschen Ausgabe.

56) S. Schneiders vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 213. und 2. Abth. Anmerk. XLIX. S. 491.

57) Bayn cit. Diss. §. 13. und v. Gönner Handbuch 2. B. Nr. XLVI. §. 12. S. 377.

2) Wenn in der Urkunde sichtbare Veränderungen, z. B. durch Ausstreichen, und Darüberschreiben, oder Einschalten erscheinen, und der Product läugnet, daß diese Aenderungen von seiner Hand, oder mit seiner Einwilligung gemacht worden seyen. Da die Urkunde in des Producenten Händen sich befindet, so kann derselbe die rechtliche Vermuthung, daß diese Veränderungen mit Einwilligung des Producten gemacht worden seyen, nicht für sich anführen, ihm liegt also der Beweis der Aechtheit auf, und er kann, wenn er ihn auf andere Art zu führen nicht vermag, von dem Producten den Verläugnungseid fordern [58].

3) Wenn der Product, indem er die Unterschrift der Urkunde anerkennt, zugleich behauptet, daß er zu dieser Unterschrift durch Betrug verleitet, oder durch unrechtmäßige Gewalt gezwungen worden sey. Da dieses keine directe Abläugnung des Inhalts der Urkunde ist, sondern blose Einwendungen gegen die Gültigkeit derselben sind, so liegt dem Producten der Beweis derselben ob; und es findet in Ansehung desselben das Nämliche Statt, was bey dem ersten Falle bemerkt worden ist [59].

§. 1164.

Diffession der Urkunde ist unter der auferlegten Recognition derselben mit begriffen. Ungehorsam des Producten.

Dem Producten ist durch das Gesetz zur Pflicht gemacht, sich über die wider ihn vorgebrachten Urkunden entweder recognoscendo oder diffitendo zu erklären [60].

58) Schneider's angef. Lehre §. 214.

59) Schneider im angef. Buche §. 215.

60) J. R. A. §. 39.

Es kann ihm also die Recognition nicht schlechterdings auferlegt werden. Denn die alternative Verbindlichkeit begreift zugleich ein Wahlrecht in sich, was ihm der Richter dadurch, daß er sein Erkenntniß blos auf die Anerkennung der Urkunde gerichtet hat, nicht entziehen kann [61]). Es ist vielmehr unter der aufgelegten Recognition auch die Diffeßion stillschweigend mit begriffen, und daher das richterliche Erkenntniß zu keiner solchen Beschwerde geeignet, daß ein Rechtsmittel dagegen mit Grund eingewendet werden dürfte [62]). Hat sich hingegen der Product über die ihm aufgelegte Anerkennung der gegen ihn producirten Urkunde beharrlich gar nicht erklärt, ohngeachtet die Auflage unter dem gewöhnlichen Präjudiz geschehen war, oder hat er zwar dieselbe abgeläugnet, er weigert sich aber den von ihm geforderten Verläugnungseid abzuleisten, ohne, wie ihm zu thun freysteht, statt dieses Eides, durch andere Mittel einen Beweis der Unächtheit zur Vertretung des Gewissens unternommen zu haben; so ist die Urkunde nun für anerkannt zu achten [63]).

§. 1165.

Irrecognoscible Urkunden.

Für unanerkennlich hält Hellfeld 1) diejenigen Urkunden, welche sichtbare Fehler haben, nämlich in entscheidenden Stellen Veränderungen, Rasuren, Einschaltungen, ausgestrichene Worte, oder Marginalzusätze enthalten. Kommen solche Aenderungen nicht an wesentlichen Orten, das

61) Danz Grds. des ordentl. Prozesses §. 334.

62) Leyser Specim. CCLXXVII. Medit. 3.

63) Schneider §. 210.

ist, nicht an solchen Stellen vor, die gerade auf die Entscheidung der Sache Einfluß haben, so schaden sie der Beweiskraft der Urkunde nichts. Darin sind alle einverstanden [64]. Allein auch selbst in entscheidenden Stellen können Aenderungen ersichtlich seyn, ohne daß darum die Urkunde sogleich für irrecognoscibel zu halten ist. Dahin gehört, wenn der Product in der Urkunde bekannt hat, daß die Aenderung mit seiner Bewilligung gemacht sey, oder dieses von dem Producenten erwiesen werden kann [65]. Ferner wenn durch die Aenderung die schuldige Summe, worüber das Document spricht, vermindert worden ist [66]. Es hat auch keinen Zweifel, daß eine Urkunde, die an einigen Stellen Aenderungen enthält, in den übrigen unabgeänderten Stellen und Puncten recognoscibel sey [67]. Utile enim per inutile haud vitiatur [68]. Ueberhaupt hat selbst die erwiesene Verfälschung einer Urkunde durch Ausstreichen, Radiren, Einschalten u. d. nach der billigern Meinung nur die Wirkung, daß der ursprüngliche Inhalt derselben wieder hergestellt werden muß [69] und es würde

64) S. Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 15. in fin. Leyser Specim. CCLXXXI. medit. 5. et 6. und Westphal's Rechtsgutachten 1. Band S. 120. §. 12.

65) Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCLXXXI. medit. 7. et 8.

66) Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 680.

67) *L. 1. et 2. D. de his, quae in testam. delentur. L. 42. Cod. de Transact.* Hommel c. l. in fin. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 121. §. 15.

68) *Cap. 37. de regulis iur. in VIto.*

69) S. Schneider vom rechtl. Beweise §. 214. S. 123.

eine übertriebene Härte seyn, einer solchen Urkunde nach Wiederherstellung ihres ursprünglichen Inhalts die Beweiskraft abzusprechen, und den Producten von der Recognition für frey zu erklären, wenn er seine Unterschrift nicht abläugnen kann [70]. Daß auch sogar durchstrichene oder zerrissene Urkunden zum Beweis der Zahlung gegen den Gläubiger dienen können, ist schon an einem andern Orte [71] bey der Erklärung der *L. 24. D. de probation.* ausgeführt worden. Haben Urkunden blos wegen ihres Alters und öftern Gebrauchs Riße bekommen, so schadet dieses der Beweiskraft derselben vollends nichts [72].

2) Urkunden, die wegen der Verfälschung verdächtig sind. Ein solcher Verdacht kann aus der Verschiedenheit des Papiers, der Hand, der Tinte entstehen [73].

3) Urkunden, welche sich auf eine andere beziehen, ohne deren betreffenden Inhalt anzuführen, sofern nicht offenbar erhellet, daß die bezogene Urkunde auf den Gegenstand des Beweises keinen Einfluß hat [74]. Jedoch kann

70) Gönner's Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürg. Rechtssachen. 2. Bd. 2. Abth. S. 433.

71) S. des 21. Theils 2. Abth. S. 368. Man vergleiche auch MUELLER ad *Struvium* Exerc. XXVIII. Th. 33. Not. ξ.

72) LEYSER Specim. CCLXXXI. medit. 4. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 407.

73) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4463. Die bloße Verschiedenheit der Tinte ist jedoch an sich noch kein sicheres Kennzeichen der Verfälschung. S. MÜLLER ad Struvium. Exerc. XXVIII. Th. 33. not. ϑ.

74) LEYSER Specim. CCLXIV. med. 1. et 2. Westphals Rechtsgutachten. 1. B. S. 121. §. 14.

diesem Mangel auch durch Production des documenti relati abgeholfen werden [75].

4) Einseitige Aufsätze des Producenten, weil Niemand in eigner Sache ein Zeugniß ablegen, noch sich selbst Rechte mit Wirkung zuschreiben kann [76].

5) Irrelevante Documente, welche, wenn sie auch ächt sind, doch in der Hauptsache nichts beweisen. Solche ganz offenbar unerhebliche Urkunden muß der Richter schlechterdings verwerfen, und insofern Producent seinen ganzen Beweis darauf gebauet hatte, ist derselbe für verfehlt zu erklären [77].

6) Urkunden, denen es an der gesetzlichen Form mangelt. Auch bey diesen kommt die Authenticität in keine Betrachtung [78]. Man rechnet gewöhnlich auch noch hierher

7) einseitige Schuldbekenntnisse, in welchen kein specieller Rechtsgrund der Verbindlichkeit ausgedruckt ist, (instrumenta indiscreta) [79]. Daß solche Urkunden zur Anstellung einer Executiv-Klage nicht geeignet sind, ist ausser Zweifel [80]. Allein im ordentlichen Prozeß ist kein Gesetz vorhanden, welches ein Schulddocument, worin die

75) *Nov. CXIX. cap.* 3. *Auth. Si quis Cod. de edendo.*

76) *L.* 6. *et* 7. *Cod. de probat.* Gönner im Handbuche 2. B. Nr. XLVI. §. 7. Nr. III.

77) Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 609.

78) Gönner Handbuch. 2. B. Nr. XLVI. §. 6.

79) Martin Lehrbuch des Prozesses §. 196. Thibaut System des Pand. Rechts 3. Bd. §. 1176. KIND Quaestion. for. Tom. II. Cap. 25.

80) S. Weber Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3. Stück. Nr. 13. S. 79. ff.

causa debendi nicht ausgedruckt ist, für irrecognoscibel erklärt. Die Gesetze [81]), worauf man sich beruft, reden von der Zurückforderung eines indebite ausgestellten Schuldscheins, und legen dem Gläubiger den Beweis auf, daß eine wahre Schuld vorhanden sey, wenn darin kein bestimmter Schuldgrund angegeben worden. Davon ist hier aber nicht die Rede, sondern hier fragt sich's, ob der Schuldner, wenn aus einer solchen Urkunde im ordentlichen Proceß gegen ihn geklagt wird, die Recognition derselben aus dem Grunde verweigern könne, weil keine causa debendi in derselben angegeben ist? Und dieß ist darum zu verneinen, weil das Gesetz dem Producten die Verbindlichkeit auflegt, sich auf die wider ihn vorgebrachten Urkunden recognoscendo oder diffitendo vernehmen zu lassen [82]). Stellt er freylich die Richtigkeit der Schuld in Abrede, so muß dem Producenten der Beweis aufgelegt werden. Es muß auch ein Schuldgrund in dem Klagschreiben angegeben werden [83]).

§. 1166.

In wiefern beweisen Privatdocumente für ihren Verfasser. Beweiskraft der Handelsbücher.

Es ist eine in der Vernunft und in den Gesetzen gegründete Regel, daß einseitige schriftliche Aufsätze zwar gegen

81) *L.* 25. §. 4. *D. de probat. Cap.* 14. *X. de fide instrum.* S. den 21. Th. dieses Commentars S. 389.

82) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 17. in fin. *Ge.* Engelbrecht Diss. de instrumentis indiscretis. *Helmst.* 1707. Sect. II. §. 1. et 5. Gönner's angeführte Motive zu dem Entw. eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. 2. B. 2. Abth. §. 11. S. 448. f.

83) *L.* 14. §. 2. *D. de except. rei iudicatae. Cap.* 3. *X. de libelli oblat.*

ihren Verfasser, aber nicht für ihn beweisen, wenn sie nicht durch andere Gründe unterstützt sind [84]. Selbst der Fiscus hat hierin vor Privatpersonen nichts voraus. Denn es würde für das gemeine Wohl höchst gefährlich seyn, sagt der Kaiser Gallienus [85], wenn man einer Handschrift Beweiskraft beylegen wollte, worin Jemand einen Dritten als seinen Schuldner aufführt. Auch der Tod des Verfassers kann seiner einseitigen Privatverzeichnung und Angabe keine größere Glaubwürdigkeit verschaffen, als ihr an sich gebührt, mag selbige auch in einer letzten Willensverordnung enthalten, und ihr Verfasser im Rufe einer ganz unbescholtenen Person gestorben seyn [86]. Denn ganz allgemein ist die Vorschrift der beyden Kaiser Philip-

84) *L.* 5. *Cod. de probat.* Imp. Philippus A. et Philippus C. Sertorio. *Instrumenta domestica*, seu privata testatio, seu *adnotatio*, si non aliis quoque adminiculis adiuventur, ad probationem sola non sufficiunt. *Instrumenta domestica*, sagt *Janus a* Costa in Praelection. ad illustrior. quosdam Titulos locaq. select. iuris civ. pag. 232. vocat Lex scripturas e domo eius prolatas, qui sibi aliquid deberi contendit, i. e. domestice et privatim confectas. Man sehe auch *L.* 26. *in fin. D. depositi.* und Martin's Lehrbuch des gem. bürg. Prozesses. §. 195.

85) *L.* 7. *Cod. de probat.* Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Unde neque *fiscum*, neque *alium quemlibet* ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet. Man verbinde damit noch *L. ult. Cod. de conveniendis fisci debitoribus.* (X. 2.)

86) S. die Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 7. Samml. Berlin 1782. S. 77.

pus[87]), wenn sie an einen gewissen Romulus folgendermassen rescribiren: *Rationes defuncti,* quae in bonis eius inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est. Eiusdem iuris est, et si *in ultima voluntate* defunctus certam pecuniae quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi[88]) significaverit. Die Erben des Verfassers müssen sich zwar freylich die Angabe ihres Erblassers gefallen lassen, besonders wenn sie beschworen ist, allein einen Dritten verpflichtet sie nicht[89]). Es giebt indessen Ausnahmen. Dahin gehört

1) wenn die einseitig ausgestellte Privaturkunde, als eigene Behauptung ihres Verfassers, von dem Producten ausdrücklich oder stillschweigend genehmiget worden ist. Dieß kann geschehen entweder dadurch, daß er diese Urkunde, welche ihm der Verfasser einhändigte, als Beweis über sein Rechtsverhältniß zum Aussteller, ohne Wider-

87) *L.* 6. *Cod. de probat.*

88) Gothofredus meint, es sey hier Statt sibi deberi, vielmehr *se debere* zu lesen, weil sonst zwischen diesem Gesetz und der folgenden Auth. *Quod obtinet.* Cod. eodem kein Zusammenhang sey. Allein mit Recht hat schon Spangenberg in der von ihm veranstalteten Ausgabe des Corp. iur. Not. 17. ad h. L. Tom. II. pag. 218. diese Emendation verworfen. Daß auch ohne Aenderung der Leseart, vollkommene Harmonie des Ganzen Statt finde, auch nicht nöthig sey, die Auth. *Quod obtinet* mit Contius in einen andern Titel zu verweisen, und zwar hinter die *L.* 10. *Cod. Communia utriusq. iud.* hat Günther Heinr. von Berg in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4ter Theil Nr. XXIII. S. 257. f. gezeigt.

89) *Nov. XLVIII. Cap.* 1. §. 1.

spruch annahm [90]). Denn dadurch wird sie eine gemeinschaftliche Urkunde, welche dann ganz, auch mit den Puncten, welche dem Aussteller günstig sind, im Beweise berücksichtiget werden muß, und als gemeinschaftliche Urkunde auch für den Aussteller beweiset [91]). Man denke sich hier den Fall, daß der Gläubiger eine Quittung mit Bemerkung eines Rests der Schuld ausgestellt, und diese der Schuldner angenommen, oder daß der Schuldner, mit welchem sein Gläubiger öftere Darlehns-Contracte abgeschlossen, in einem neuern Schuldscheine, welche der Darleiher angenommen hat, ausdrücklich ein älteres Anlehn als zurückbezahlt bemerkt habe.

2) Wenn der Gegner, wider welchen die Urkunde gebraucht wird, sich selbst in der vorliegenden Streitsache, als Beweismittel wider den jetzigen Producenten, darauf berufen hat. Hier muß er sie auch für deren Verfasser in den für ihn vortheilhaften Puncten gelten lassen [92]). Eine vorzügliche wichtige Ausnahme machen

3) die Handelsbücher der Kaufleute, sofern sie gehörig eingerichtet und dazu geeigenschaftet sind [93]).

90) S. Gensler von der Beweiskraft einer Privaturkunde gegen einen Dritten. §. 1. im Archiv für die civilist. Praxis 2. Band S. 3. A. und Not. 5.

91) S. von Gönner Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. 2. B. 2. Abth. 2. B. 6. Kap. §. 11. S. 445. f.

92) *L.* 24. *et* 25. *D. de constit. pecun.* *L.* 17. *Cod. de testib.* *Nov. XLIX.* *Cap.* 2. §. 1. S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. Th. §. 1176. Gensler a. a. O.

93) Man vergleiche *Jo.* Marquard de iure mercator. Lib. III. cap. 9. et 10. *A.* C. Roesner de mercatorum

Solche Handelsbücher haben das Vorrecht, daß sie für den Producenten einen halben rechtlichen Beweis der darin verzeichneten Waarenschulden bewirken, mithin der Produ-

libris. *Lipsiae* 1690. *Jo.* Klein Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum. *Rostochii* 1698. *Henr.* Bodinus D. de libris mercatorum suspectis. *Halae* 1707. *Ge.* Langermann Diss. de probatione per libros mercatoris mortui. *Groeningae* 1727. *Car. Aug.* Brehm Diss. Capita quaedam de probatione ex libro mercatoris continens, praes. *Henr. God.* Bauero def. *Lipsiae* 1784. *Jo. Lud. Christ.* Meister Diss. de fide librorum mercatorum. *Goett.* 1789. *Joach. Nic.* Schaffshausen Diss. de probatione per libros mercatorum. *Goett.* 1795. Fried. Karl Christ. Link kleine jurist. Schriften. 1. Vers. Nr. 3. S. 34. ff. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. B. XXVI. Erört. Joh. Burkh. Geiger's und Christ. Fried. Glück's merkwürd. Rechtsfälle und Abhandlungen. 1. Band Nr. IV. S. 64. ff. Ernst Ferd. Klein von der eidlichen Bestärkung der Handelsbücher, in Desselben vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. 2. St. Nr. 1. Carl Ge. von Zangen: welchen Glauben verdienen die Handelsbücher eines Fallit gewordenen Kaufmanns? in Desselben Sammlung einiger practischer Rechtserörterungen. Medit. 5. S. 73. folgg. Carl Günth. Ludovici encyclopäd. Kaufmannslexicon, umgearbeitet von Joh. Christ. Schedel. 3. Th. Art. Handelsbücher. S. 763 — 774. Joh. Ge. Büsch Darstellung der Handlung in ihren mannichfaltigen Geschäften, mit Einschaltungen und Nachträgen von G. P. H. Normann. 1. B. 4. Buch. 6. Kap. S. 406 ff. besonders S. 419. ff. Theod. Schmalz neue Sammlung merk-

cent, oder seine Erben zum Ergänzungseide zuzulassen sind; ja zuweilen auch ohne den Ergänzungseid einen vollständigen Beweis geben. Dieser Vorzug der Handelsbücher ist in dem Röm. Recht nicht gegründet, in welchem ihn einige [94]) zu finden gemeint haben. Zwar hatten die Bücher der Argentarien vollkommene Beweiskraft; allein ihr Geschäft war ein öffentliches, und ihre Bücher waren zur Würde öffentlicher Urkunden erhoben [95]). Dieses Institut hat also auf die Bildung des heutigen Vorzugs der Handelsbücher durchaus keinen Einfluß. Eben so wenig läßt sich der Ursprung dieses Vorzugs von den Campsoren des Mittelalters ableiten [96]). Denn auch diese wurden als öffentliche, vom Staate angestellte, Beamte betrachtet. Sie musten schwören, die Gesetze zu beobachten, und ihre Bücher ordentlich zu führen, und diese hatten daher volle Beweiskraft, ja die Kraft öffentlicher Urkunden [97]). Der Ursprung dieses Vorzugs ist vielmehr richtiger einem teutschen Gewohnheitsrechte zuzuschreiben [98]), welches durch Noth-

würdiger Rechtsfälle. 2. Band Nr. XVI. S. 109—117. J. C. L. Ebeling Ueber die Beweiskraft der Handelsbücher. Hamburg 1815. 8. u. J. W. S. Lindner über die Beweiskraft der Handelsbücher, insonderheit über den Beweis der Hauptbücher eines Lotteriehauptcollecteurs. Helmstädt 1818.

94) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCLXXIX. medit. 1.

95) S. den 12. Th. dieses Commentars. §. 796. S. 125. ff.

96) Ebeling in der angef. Schrift. Kap. 1. S. 11—15.

97) S. von Martens Versuch einer histor. Entwickelung des wahren Ursprungs des Wechselrechts. §. 4—§. 8.

98) *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad *Christianaei* Decision. Vol. III. Obs. 12. von Zangen

wendigkeit herbeygeführt, und durch die Landesgesetze und Statuten zum Theil erweitert, zum Theil beschränkt worden ist [99]). Der Grund dieser Beweiskraft beruhet in der Natur des Handels, und in der Art, wie er jener Natur gemäß betrieben werden muß. Denn bey dem Handel ist es nach der Menge und Ausbreitung der damit verbundenen Geschäfte nicht möglich, über jedes einzelne Geschäft Empfangscheine auszustellen, und förmliche Contractsurkunden und Schuldverschreibungen zu errichten. Wie viele Geschäfte werden nicht unter Abwesenden durch Briefe und Handels-Correspondenz gemacht? Ist nun der Kaufmann

Samml. einiger pract. Rechtserörterungen. Meditat. 6. S. 87. f. Daß das Privilegium der Handelsbücher aus dem Talmud herzuleiten sey, war mehr ein sinnreicher Einfall Hommel's in Litteratura iuris pag. 39. edit. sec. als in der Wahrheit gegründet, und ist in Just. Fried. Runde's Beyträgen zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. B. Nr. XV. zur Genüge abgefertiget worden.

99) So z. B. legen einige Landesgesetze und Statuten den Handelsbüchern volle Beweiskraft ohne alle Einschränkung, andere aber nur in den Fällen bey, wo sie wider einen Kaufmann gebraucht werden. Andere Particular-Gesetze schränken dagegen die Beweiskraft derselben bald auf eine bestimmte Summe, bald auf eine bestimmte Zeit ein, ja es giebt Landesgesetze, welche den Handelsbüchern wider solche, die keine Kaufleute sind, alle Beweiskraft, alle Glaubwürdigkeit versagen. S. Carl Gottl. Knorrens rechtliche Anmerkungen Nr. 2. Ebeling über die Beweiskraft der Handelsbücher §. 46. 47. u. 48. und von Bülow und Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. B. Erört. XXVI.

nach der Natur des Handels und gemeinen Verkehrs genöthiget, den Käufern, ohne weitere Verschreibung, ja ohne alle Sicherheit, auf ihr Wort zu trauen, und ihnen die Waare in Hoffnung künftiger Zahlung zu überliefern, so erfordert es auch die Billigkeit, dem Handelsbuche des Kaufmanns, wenn er dasselbe beschwört, Glauben beyzumessen. Es läßt sich dieses auch noch aus einem andern Grunde rechtfertigen. Höchste Pünctlichkeit und strengste Ordnung ist die Seele des Handels, und hierzu wird eine genaue und getreue Aufzeichnung alles dessen erfordert, was in Handelsgeschäften geschieht. Handelsbücher und Handelsbriefe sind demnach die eigentlichen Beweismittel über Handelsgeschäfte, und so wie die Handelsbriefe sich auf einander beziehen, wie sie sich selbst durch die wechselsweise Correspondenz controlliren, wie sie in ihrem Zusammenhange gemeinschaftliche Urkunden sind; eben so gilt dieses auch von den Handelsbüchern, weil jeder Kaufmann alles, was seinen Handel angeht, es gereiche ihm oder den Käufern zum Vortheil, aufzeichnen, und die empfangenen Waaren, wie die versendeten, die erhaltenen Zahlungen, wie die geleisteten in seine Bücher eintragen muß. Sind also Handelsbücher nach der Natur des Handels gemeinschaftliche Urkunden, so müssen sie auch für und wider den Verfasser, so wie für und wider den Käufer beweisen. Denn die ganze kaufmännische Ehre und Gewissen hängt an der Wahrheit und Genauigkeit der Handelsbücher [100].

100) Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts § 459. Ebeling angef. Abhandl. 2. Kap. S. 16—18. besonders von Gönner Motive zu dem Entw. eines Gesetzb. über das gerichtl. Verf. 2. B. 2. Abth. S. 449—467.

Ob durch die Handelsbücher auch die Schuld selbst, oder nur die Größe derselben bewiesen werden könne, ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig. Struben [1]) und Leyser [2]), denen auch Hellfeld beystimmt, wollen nämlich die Beweiskraft der Handelsbücher nur auf das letztere beschränken, die Schuld an sich müsse also auf andere Art schon erwiesen seyn, dann könne, wenn blos über die Größe derselben gestritten wird, der Producent zur eidlichen Bestärkung seines Handelsbuches gelassen werden. Allein da schon nach gemeinem Rechte die Größe einer an sich unbestrittenen Forderung durch den Eid bestärkt werden kann [3]); so wird hierdurch das Privilegium der Handelsbücher geradezu vernichtet. Ueberdem widerspricht dieser Meinung offenbar der gemeine Gerichtsgebrauch. Wo also nicht ein besonderes Landesgesetz [4]), oder der besondere Gerichtsgebrauch eines Landes eine solche Einschränkung mit sich bringt [5]); da kann aus einem ordentlich geführten Handelsbuche nicht bloß die Quantität, sondern

1) Rechtliche Bedenken 5ter Theil. Bed. 104.

2) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXIX. medit. 1. et 2. Dieser Meinung ist auch *Guil.* Blanchard in Disp. de probatione per libros mercatorum. *Coloniae* 1786. beygetreten.

3) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 818.

4) So z. B. kann nach dem allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 8. Tit. §. 572. gegen Nichtkaufleute das Handelsbuch nur dann zum Beweis gebraucht werden, wenn bereits das Daseyn der Schuld erwiesen ist.

5) Ein Beyspiel davon findet sich in Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 3. B. Nr. XXVI. S. 177.

auch die Schuld selbst erwiesen werden [6]. Es erhellet dieses auch schon daraus, weil der Beweis der Eigenschaft eines Dinges zugleich auch den Beweis der Existenz desselben in sich enthält. Kann nun durch das Handelsbuch die Größe der Schuld halb bewiesen, und dieser Beweis durch den Ergänzungseid vervollständiget werden, so muß man auch zugeben, daß mit dieser Größe die Existenz der Schuld selbst bewiesen werde. Ueberall wird aber freylich vorausgesetzt, daß der Producent in einem guten und unbescholtenen Rufe stehen müsse [7]. Denn der Kaufmann hat für sein Handelsbuch nur darum Glauben, weil nach der unentbehrlichen Pünctlichkeit und Ordnung sein Gewissen sich ganz in seinen Handelsbüchern aussprechen muß. Ist nun der Kaufmann schon früherhin eines Betrugs in Handelsgeschäften überwiesen, oder hat er durch muthwil-

6) Malblanc doctr. de iureiurando. §. 75. pag. 215. edit. nov. emendat. *Tübing.* 1820. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Nr. XXX. not. h. S. 120. Klein vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. 2. St. Nr. I. Müller Observat. practic. ad *Leyserum.* Tom. III. Fasc. I. Obs. 481. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4460. von Zangen Samml. einiger pract. Rechtserörterungen. Meditat. VI. Westphal's Rechtsgutachten. 1. Th. S. 120. §. 8. Ebeling über die Beweiskraft der Handelsbücher §. 42. Schmalz Lehrbuch des teutschen Privatrechts §. 420. stimmen alle hierin mit mir überein.

7) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 50. Klein Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum. Cap. 2. nr. 5. sqq.

liges Falliren[8]) seinen ehrlichen Namen verscherzt; so würde es mit dem Grunde des Privilegiums im Widerspruche stehen, wenn man den Handelsbüchern eines solchen Bankerottirers Glauben beymessen wollte[9]). Durch die Handelsbücher können ferner auch nur kaufmännische

8) Hat ein Kaufmann ohne sein Verschulden fallirt, so kann dieser Umstand die Beweiskraft seines Handelsbuchs nicht mindern. Westphal's Rechtsgutachten a. a. O. §. 10. Ebeling in der angef. Schrift. §. 31. Ist ein Kaufmann zwar an seinem Fallimente Schuld, es fällt ihm aber doch keine betrügerische Absicht zur Last, so kann seinen Handelsbüchern zwar nicht aller Glaube abgesprochen werden, sie sind aber doch zu einem halben Beweise und zum Erfüllungseide nicht mehr hinlänglich, sondern können nur allenfalls den Reinigungseid veranlassen. R. Policey-Ordn. vom J. 1577. Tit. 23. §. 3. S. SCHAFFSHAUSEN Diss. de probat. per libros mercator. §. 18. und von Zangen angef. Samml. 5. Meditat. S. 77.

9) S. *Jo. Gottl.* HEINECCIUS in Diss. de mercatorum, qui foro cesserunt, rationibus et codicibus §. 20. et 21. (in *Opusculor. varior. Syll.* Exercitat. XIV. pag. 550. sqq.) Man will zwar in dem Falle eine Ausnahme machen, wenn Jemand wissentlich mit einem Bankerottirer contrahirt hätte, weil er hierdurch sich der ihm zustehenden Einrede begeben zu haben scheine. KLEIN Diss. de probatione, quae fit per libros mercatorum. Cap. II. nr. 17—21. Allein kann sich gleich ein solcher Contrahent, der sich mit einem Betrüger wissentlich einläßt, nicht beklagen, wenn er das Seinige verliert, so folgt doch daraus noch nicht, daß er auch desselben Zeugniß, als Beweis gegen sich, müßte gelten lassen, wie BAUER in Diss. de probatione ex libro mercatoris. Cap. 6. sehr richtig erinnert hat.

Geschäfte, die nach der Eigenschaft des Handels auf Credit eingegangen zu werden pflegen, bewiesen werden. Enthalten sie andere Gegenstände, so können sie zwar zum Beweis gegen ihn dienen, z. B. wenn ein Kaufmann das eingebrachte Heyrathsgut seiner Frau in sein Handelsbuch eingetragen hätte, aber für ihn beweisen sie nicht [10]. Daher können Anlehne, Bürgschaften, gegebene Mandate, und andere dergleichen Geschäfte mehr, wenn sie auch in Beziehung auf den Handelsverkehr wären eingegangen worden, und mit demselben in Verbindung stünden, durch die Handelsbücher nicht bewiesen werden [11]. Die Bücher müssen überdem in kaufmännischer Form mit aller erforderlichen Genauigkeit geführt seyn. Im Allgemeinen müssen sie Ausgabe und Einnahme enthalten, dabey aber müssen sie so geführt seyn, daß sie die Schuld selbst nebst deren Entstehungsgrunde, den Schuldner, und die Zeit nach Jahr und Tag bestimmt angeben, auch müssen sie in der übli-

10) *Udalr.* Zasius in Commentar. ad Tit. Dig. de edendo ad L. 4. §. Rationem. nr. 4. (*Operum* Tom. I. p. 565. *Lugd.* 1550. f.) Sicut olim argentarii, ita hodie mercatoris libris non crederetur, *si inscriberent aliquid, quod non spectaret ad eorum officium*, stante consuetudine vel statuto, quod eorum libris fides adhiberetur. Man sehe auch Westphal's Rechtsgutachten 1. B. S. 120. §. 8. u. 9.

11) Andere Meinung sind zwar Klein cit. Diss. Cap. II. nr. 68. rt 69. und Langermann Diss. de probatione per libros mercatoris mortui. Cap. III. Sect. I. §. 3. Allein man sehe Ebeling über d. Beweiskr. d. Handelsbücher §. 40. und Schaffshausen Diss. de probat. per libros mercatorum. §. 10.

chen Landessprache geschrieben seyn [12]). Gewöhnlich unterscheidet man bey den Kaufleuten dreyerley Arten von Büchern.

1) Das Memorial, welches auch Kladde, oder nach dem Italienischen Strazze genennt wird, in welches alle Geschäfte, wie sie täglich in der Handlung vorkommen, von dem Kaufmann, oder auch einer jeden andern bey der Handlung angestellten Person, die das Geschäft hat ausrichten helfen, zwar in der Kürze, aber doch mit aller Genauigkeit eingeschrieben werden.

2) Das Journal oder Tagebuch, welches aus dem Memorial gebildet wird, und worin die in dem letztern nur flüchtig eingeschriebenen Posten ausführlich und genau geordnet, unter die Rubriken von gewissen Konti, jedoch gleichfalls nach der Zeitordnung, übertragen werden.

3) Das Hauptbuch oder Capitalbuch, in welches alles Doppelt unter die Rubrik der Personen und der Sachen eingetragen wird, so daß hier auch letztere ihre besondern Contos erhalten [13]).

Die beyden letztern sind nun vorzüglich diejenigen Handelsbücher, welche in vorkommenden Streitfällen zum

12) Büsch Darstellung der Handlung rc. 1. B. 4. Buch 6. Kap. §. 12. S. 419. und Ebeling angef. Schrift 3. Kap. S. 19. ff. Den in einem Lande aufgenommenen französischen und italienischen Kaufleuten ist es jedoch gestattet, ihre Bücher auch in ihrer Muttersprache zu führen. S. SCHNEIDER's Lehre vom rechtlichen Beweise §. 248.

13) Ludovici Kaufmanns-Lexicon, umgearb. von Schedel 3ter Th. S. 763. Büsch a. a. O. §. 11. u. 12. und Ebeling a. a. O. §. 19.

Beweis gebraucht werden. Statt des erstern, nämlich des Memorials, können besonders beym italienischen Buchhalten noch manche andere Nebenbücher vorkommen, nämlich das Einkaufsbuch, das Verkaufsbuch, das Bancobuch, das Cassebuch, das Facturbuch, u. dgl. m. Da in diesen Büchern nur alles kurz und ohne Ordnung notirt ist, so können sie in der Regel nicht zum Beweise dienen. Nur das Journal ist es, dem die Beweiskraft eigentlich beyzulegen ist. Denn das Hauptbuch ist nur eine Abschrift des Journals, ein Transsumt aus demselben. Das Journal ist also in der That das Hauptbuch, worin nach den Personen, mit welchen der Kaufmann im Handelsverkehr steht, und zwar bey jeder besonders, ihr Debet und Credit nach der Ordnung der Geschäfte einander gegenüber gesetzt ist, um bey jedem Handelsfreunde mit leichter Uebersicht sogleich die Bilance ziehen zu können. Diesem tritt noch insonderheit die Betrachtung bey, daß die Eintragung in das Journal wegen Andrangs der Geschäfte Tag für Tag geschehen muß. Hier läßt der Drang, womit diese Eintragung täglich auf der Stelle geschehen muß, zu künstlichen Drehungen und Betrügereyen keine Zeit übrig. Ganz anders verhält sich's mit dem so genannten Hauptbuche, in welches oft erst mehrere Monate später eingetragen wird. Dieses kann daher nur in so weit zum Beweise dienen, als es mit dem Journale übereinstimmt [14]). Wo nun aber freylich eine Handlung kein Journal hält, sondern, wie es bey dem einfachen oder deutschen Buchhalten der Fall ist, alles aus

14) S. von Gönner Motive zu dem Entwurfe eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren 2. B. 2. Abth. S. 456. ff.

der Kladde sogleich in das Hauptbuch übertragen wird, da beruht denn natürlich die Beweiskraft vorzüglich auf dem Hauptbuche [15]). Es hat indessen keinen Zweifel, daß zur Vermehrung der Glaubwürdigkeit auch die Vorlegung des Memorials, so wie der übrigen Nebenbücher, verlangt werden kann, um durch die Uebereinstimmung derselben mit dem Hauptbuche die Richtigkeit des letztern noch sicherer zu begründen. Ja es können die Nebenbücher bey solchen Puncten, worüber sich in den Hauptbüchern nichts aufgezeichnet findet, selbst zum Beweise dienen [16]). Es versteht sich übrigens, daß auch die äussere und innere Beschaffenheit der Handelsbücher in aller Hinsicht unverdächtig seyn müsse. Man erfordert daher mit Recht, daß sie gebunden und foliirt sind, auch nichts darin ausgestrichen oder radirt sey [17]). Es darf ferner darin auf keiner Seite ein leerer Raum gelassen, kein Blatt eingelegt, auch nichts am Rande beygeschrieben seyn. Daß jedoch die Bücher von dem Kaufmann selbst geschrieben seyn müssen, ist nicht erforderlich, es kann auch von einer andern zur Führung derselben angestellten Person, von einem diesem Geschäft vorgesetzten Buchhalter geschehen seyn [18]). Ja nach dem Gerichtsgebrauche hat es sogar keinen Zweifel, daß auch den von Weibspersonen geführten Handelsbüchern, ohne Unterschied, sie mögen wirkliche Kauf- und Handelsfrauen, oder auch nur Buchhalterinnen seyn, die

15) Ebeling angef. Schrift §. 22.

16) SCHAFFSHAUSEN Diss. cit. §. 6.

17) SCHAFFSHAUSEN cit. Diss. §. 7. und Ebeling a. a. O. §. 27.

18) *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. P. I. Decis XX. n. 15. pag. 286. Ebeling a. a. O. §. 25.

Beweiskraft nicht abzusprechen sey [19]. Daher fand die hiesige Juristenfacultät kein Bedenken, zur Bestärkung eines Handelsbuchs, welches von einem Kaufmann und desselben majorennen Tochter, die er von ihrer frühesten Jugend an in der Handlung unterrichtet hatte, und welche in seinem Comtoir die Stelle eines Factors vertrat, gemeinschaftlich war geführt worden, in Ansehung derjenigen Posten, welche die Tochter während der Abwesenheit ihres Vaters in das Buch eingetragen hatte, dieselbe zum Erfüllungseide zuzulassen [20].

Unter diesen Umständen wirken nun also Handelsbücher, vorausgesetzt, daß das Daseyn eines Handelsverkehrs unter den streitenden Theilen ausser Zweifel sey, oder gesetzt seyn muß, für den Producenten nicht nur in Ansehung der Umstände und Bedingungen des geschlossenen Handels, sondern auch der Schuld selbst, in der Regel einen halben Beweis sowohl gegen Kaufleute, als auch gegen andere Kunden, welcher dann durch den Ergänzungseid des Kaufmanns oder auch zuweilen seiner Erben den Grad eines vollen Beweises erhält [21]. In den einzelnen Landesgesetzen und Statuten herrschen zwar freylich in Ansehung des Grades der Beweiskraft große Verschiedenheiten [22]. Der Gerichtsgebrauch befolgt indessen jene Regel, womit auch mehrere particuläre Gesetze übereinstimmen,

19) Barth Hodegeta for. Cap. II. §. 7. lit. c. pag. 490. Bauer Diss. de probat. ex libro mercator. Cap. 7.

20) S. Geiger's u. Glück's merkw. Rechtsfälle und Abhandlungen. 1. Band Nr. IV.

21) Ge. Fr. von Martens Grundriß des Handelsrechts. §. 41. Runde Grds. des deutschen Privatr. §. 458.

22) Ebeling angef. Schrift. §. 47. u. 48.

in so weit, als nicht Gesetze, oder das Herkommen eine Abweichung mit sich bringen [23]). Eine volle Beweiskraft kann ihnen nur dann beygelegt werden, wenn besondere Gesetze dieses verordnen; überflüßig ist aber auch da der Ergänzungseid, wo die unvollständige Beweiskraft des Handelsbuchs durch andere Beweismittel, z. B. durch Zeugen, ergänzt werden kann [24]). Unrichtig und grundlos ist dagegen die Behauptung [25]), daß den Büchern eines verstorbenen Kaufmanns ein vollkommener Glaube darum beyzumessen sey, weil der Tod die Stelle des Eides vertrete [26]). Den Gesetzen ist diese Meinung offenbar entgegen [27]). Wie könnte auch die religiöse Gewissenhaftigkeit eines Sterbenden den Mangel eines nothwendigen Eides ergänzen [28])? Ein Anders wäre, wenn die Statuten eines

23) *Io.* KLEIN Diss. de probat. quae fit per libros mercatorum. Cap. III. nr. 66. et 67. et Cap. IV. nr. 10.

24) Auch schon durch einen glaubwürdigen Zeugen kann diese Ergänzung geschehen. KLEIN Diss. cit. Cap. IV. nr. 121.

25) *Sam.* STRYK Diss. de morte loco iurisiurandi. *Halae* 1703. Cap. II. §. 6. MEVIUS P. V. Decis. 46. SCHAFFSHAUSEN Diss. de probat. per libros mercatorum. §. 26. nr. 4.

26) *Ge.* LANGERMANN Diss. de probatione per libros mercatoris mortui. *Groeningae* 1727. Cap. IV. und *Henr.* LAMBERTS Mors non probans, sive Disquisitio et Decisio quaestionis, utrum libri rationum mercatorum post eorum mortem plene probent? *Teutoburgi ad Rhen.* 1723.

27) *L.* 6. *Cod. de probat.*

28) *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. I. Observat. 56. Ebeling Beweiskr. der Handelsbücher §. 56. S. 73. f.

Orts den Büchern eines verstorbenen Kaufmanns vollkommenen Glauben beygelegt hätten [29]). Ausserdem wäre es noch erst die Frage, ob nur einmal die Erben des verstorbenen Kaufmanns zum Ergänzungseide zuzulassen seyen? Zwar würde es keine Schwierigkeit haben, sie zuzulassen, wenn sie die Wahrheit beschwören könnten. Aber kann auch ein Ergänzungseid de credulitate geschworen werden? Leyser [30]) stellt freylich den Grundsatz auf, Judex jusjurandum suppletorium *de credulitate* in omnibus negotiis decernere potest. Diesem gemäß tragen denn auch mehrere Rechtsgelehrten [31]) kein Bedenken, diesen Eid auch bey den Erben eines verstorbenen Kaufmanns zuzulassen. Mit welchem Rechte aber? ist eine andere Frage. Man bedenke, daß der Erbe, wenn ihm nicht ein ganz besonderes Wissen des Gegentheils beywohnt, stets mit dem besten Gewissen schwören kann, er glaube, daß die in das Handelsbuch von seinem Erblasser eingetragene Schuld ihre Richtigkeit habe, weil er keine Ursache hat, das Buch für unrichtig zu halten; wie kann durch einen solchen Glaubenseid der geführte Beweis für ergänzt gehalten werden? Der Glaubenseid setzt schlechterdings factische Gründe voraus, welche bey dem Schwörenden den

29) Ein Beyspiel geben die Hamburgischen Statuten. P. I. Tit. 30. Art. 7. Ebeling a. a. O. §. 57.

30) Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CXLI. medit. 5.

31) Schaffshausen cit. Diss. §. 25. pag. 32. Schneider's Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 254. Langermann cit. Diss. Cap. IV. unter den ältern Roesner de mercatorum libris. Cap. XI. nr. 208. sqq. u. Textor de fide libri mercatoris mortui Th. 15. et 21. in *Collect. Dissertat.* pag. 154.

Glauben über die Existenz des zu beweisenden Thatumstandes bewirkt haben; diese muß er dem Richter angeben, um auch bey ihm Ueberzeugung von der Wahrheit der streitigen Thatsache zu bewirken. Stützt sich der Glaube nicht auf solche Gründe, so erscheint er nicht als Glaube, sondern als ein bloßes Meinen, welches zu einer juristischen Gewißheit auf keinen Fall führen kann. Nun ist es bey dem Erfüllungseide eine conditio sine qua non, daß der Gegenstand desselben wenigstens schon halb bewiesen seyn müsse. Die eidliche Erhärtung des Beweissatzes muß also schlechterdings direct geschehen, und kann nicht auf andere Thatsachen gerichtet seyn, über welche noch gar kein Beweis geführt ist, und welche bewiesen, das thema probandum nur indirect beweisen würden. Es kann mithin ein Erfüllungseid de credulitate durchaus nicht Statt finden, weil er zur Ausmittelung der Wahrheit schlechterdings nichts beyträgt [32]. Dennoch wird in der Praxis häufig nach Leysers Meinung gesprochen [33]; und es fehlt auch nicht an Landesgesetzen [34], welche die eidliche Bestärkung der Bücher eines Kaufmanns durch die Erben zulassen. Der Erfüllungseid muß nun in der Regel von dem Kaufmann selbst geschworen werden, auch wenn er die

32) Ebeling in der angef. Schrift §. 55. und besonders Theod. Waldeck Versuch einer Berichtigung der Theorie des Glaubenseides. Pyrmont 1812. Kap. 9. S. 73—83.

33) Carpzov Respons. iur. Lib. VI. Resp. 121. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 51. v. Kreittmayr Anmerkungen über den Codex iuris Bavar. iudiciar. Cap. XI. §. 3. S. 353.

34) S. das allgem. Preuß. Landrecht. Th. 2. Tit. 8. §. 582.

Führung seines Handelsbuchs einem Buchhalter anvertraut hätte [35]. Nur alsdann, wenn der Kaufmann die Führung der ganzen Handlung einem Factor übertragen hat, ist von diesem letztern der Eid abzulegen [36]. Eben dieses gilt in dem Falle, wenn der Handlungseigenthümer abwesend war, und er während seiner Abwesenheit die Führung der Handlungsgeschäfte einem Comptoirbedienten übertragen hatte; dieser ist alsdann als Factor zu betrachten, und hat daher den Eid von Gewißheit abzuleisten [37].

Daß auch den Handelsbüchern der Juden, wenn sie als Schutz- und Handelsjuden den Schutz des Staats genießen, und sonst die Erforderniße der Handelsbücher haben, eben die Beweiskraft zukomme, als den Büchern christlicher Kaufleute, hat an sich keinen Zweifel [38]. Sie dürfen nur nicht in jüdischer, sondern müssen in teutscher Sprache geführt seyn [39]. Streitiger aber ist es, ob sie auch gegen einen Christen die Kraft eines halben Beweises haben, so daß der Producent zur eidlichen Bestärkung der-

35) Schneider vom rechtl. Beweise. §. 253. und Ebeling. §. 51.

36) Westphal's teutsches Privatrecht. 1. Th. Abh. 12. §. 3. Schneider a. a. O.

37) Schneider a. a. O. §. 255. und Geiger's und Glück's Rechtsfälle u. Abhandlungen 1. B. Nr. 4. §. 7.

38) Jo. Jod. Bek Tractat vom Recht der Juden. Kap. XVI. §. 16 S. 451. *Jo. Ulr. de* Cramer Observation. iuris univ. Tom. II. P. I. Ob. 507. Runde Grundſ. des deutsch. Privatrechts. §. 643.

39) S. Schreiber Diss. de invaliditate librorum mercatoriorum, in lingua iudaica conscriptorum. *Marburgi* 1766.

selben gelassen werden kann? Einige [40]) sprechen ihnen alle Glaubwürdigkeit ab, weil sie gegen einen Christen für unverdächtig nicht gehalten werden könnten, und überhaupt kein Jude wider einen Christen ein gültiger Zeuge sey [41]). Andere [42]) hingegen legen ihnen wenigstens so viel Beweiskraft bey, daß der Gegner sich mittelst Eides reinigen müsse. Solle der jüdische Producent zum Erfüllungseide zu lassen seyn, so müßten noch andere Gründe hinzutreten, welche mehr als einen halben Beweis bewirken. Allein den Vorzug verdient unstreitig die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [43]), welche es für Unrecht halten, die jüdischen Kaufleute unter den oben angegebenen Bedingungen von dem Vorzuge der Handelsbücher in dem Falle auszu-

40) Roesner de libris mercatorum. Cap. XV. nr. 79. *de* Cocceji Consil. Tom. II. Cons. 287. Joh. Heinr. Christ. v. Selchow neue Rechtsfälle. 3. B. N. XIII.

41) *L.* 21. *Cod. de haeret.*

42) Wernher select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 193. Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 110. Struben rechtliche Bedenken. 3. B. Bed. 136. *Jo. Sig.* Thiel Princip. iurisprud. iudaicae. §. 183. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4460.

43) Cramer c. l. Heisler's Abhandl. Ob die Zulassung eines Judeneides wider einen Christen bedenklich sey? (in Desselben jurist. Abhandlungen 3. Th. Nr. III.) *Jo. Aug. Lud.* Mencken Diss. de *Judaeo* iurisiurandi suppletorii haud incapace. *Vitemberg.* 1782. Martens Grundriß des Handelsrechts §. 41. S. 46. Runde a. a. O. Danz Handbuch des deutsch. Privatrechts. 7. B. §. 643. S. 266. Schaffshausen cit. Diss. §. 16. Ebeling über die Beweiskraft der Handelsbücher §. 37. 38. 39. u. a. m.

schließen, da solche gegen Christen zum Beweise dienen sollen. Denn Christen sind ja in beständigem Handelsverkehre mit den Juden, und können oft ohne sie gar nicht bestehen. Die Schutz- und Handelsjuden haben auch durch den ihnen ertheilten Schutz die Rechte der Unterthanen im Staate erhalten, welche ohne Rücksicht auf einen besondern Stand und Religion allen Unterthanen im Staate zustehen. Dann treten auch die oben angeführten Gründe des Privilegiums bey den jüdischen Kaufleuten eben so gut, wie bey den christlichen, ein. Auf die Strenge der *L.* 21. *Cod. de haeret.* wird aber wohl in unsern Tagen kein vernünftiger Richter mehr Rücksicht nehmen. Er würde verrathen, se omnem eiurasse rationem, wie Böhmer [44]) sehr treffend sagt. Der Religionsglaube ist von der juristischen Glaubwürdigkeit ganz unabhängig; auf letztere kann jeder ohne Unterschied Anspruch machen, welcher sie nicht durch überwiesene Unredlichkeit verscherzt hat. Diversitas religionum non minuit fidem, sagt mit Recht Böhmer. Potest enim, qui christianus aut orthodoxus non est, seu non habet *fidem theologicam*, sincera mente esse praeditus, et ad minimum vir bonus censeri, ut *fides iuridica* ei denegari non debeat. Daher legen auch die neueren Gesetzgebungen [45]) den Handelsbüchern der Juden, welchen der Schutz im Staate, und die Rechte christlicher Kaufleute verliehen worden sind, eben die Beweiskraft bey, als den Büchern christlicher Kaufleute. Die Praxis hat auch schon längst nach dieser

44) Jur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 3. 1199.

45) S. das allgem. Preuß. Landrecht 2. Th. 8. Tit. §. 585.

Meinung entschieden [46]), ob sie gleich darin wohl zu weit gieng, wenn sie keinen Anstand nahm, die Wittwe eines verstorbenen Handelsjuden zum Eide de credulitate auf ihres verstorbenen Mannes Händelsbücher wider einen christlichen Bankier zuzulassen [47]).

So wenig übrigens das Privilegium der Handelsbücher den Bankiers, den Spediteurs, den Mäcklern und Buchhändlern versagt werden kann; so sind doch nicht alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, ob auch den Büchern der Apotheker, der Fabrikanten, der Handwerker, der Bierbrauer und Gastwirthe, wenn sie ohne einen schriftlichen Aufsatz Credit geben, und ihre Contobücher auch in gehöriger Ordnung führen, ein gleicher Vorzug zu gestatten sey? Als Kaufleute können sie nun zwar freylich nicht betrachtet werden, für welche eigentlich nur diejenigen zu halten sind, welche den Umsatz von Waaren in unveränderter Gestalt des Gewinnstes wegen betreiben, oder auch mit den Hülfsgewerben des Handels sich beschäftigen; es streitet auch Ausdehnung eines Privilegiums gegen die Natur desselben. Daher sprechen ihnen auch mehrere Rechtsgelehrte [48]) dieses Privilegium ab. Dennoch tragen an-

46) Cramer c. l.

47) Einen solchen Fall findet man in Joh. Fried. von Tröltsch Anmerkungen und Abhandlungen in verschiedenen Theilen der Rechtsgelahrheit. Nördlingen 1775. 1. Th. S. 274 ff..

48) Cramer Observat. iur. univ. Tom. II. P. I. Obs. 472. *Mich. God.* Wernher Lectiss. commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 9. pag. 142. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Obs. 482. Kulenkamp Recht der Handwerker §. 53. S. 189. v. Sön-

dere [49], mit denen auch der Gerichtsgebrauch, und die meisten Gesetzgebungen übereinstimmen, kein Bedenken auch diesen das Privilegium einzuräumen, und eben so stimmen in Deutschland die meisten Gesetzgebungen in der Gleichstellung der Krämer mit den übrigen Kaufleuten in Ansehung ihrer Handelsbücher überein [50].

Ob sich ein Kaufmann auch gegen seinen Compagnon in Handelssachen auf sein Handelsbuch berufen könne? ist streitig. von Quistorp [51]) will es aus dem Grunde bezweifeln, weil ein Privilegirter gegen einen gleich Privilegirten sein Privilegium nicht anwenden könne. Allein dieser Grund widerlegt sich dadurch von selbst, daß hier nur der eine sich in dem Falle der wirklichen Anwendung seines Privilegiums befindet. Es ist also keine wahre Collision der Privilegien, mithin kein Grund vorhanden, warum sich nicht auch ein Kaufmann wider seinen Gesellschafter in Handelssachen auf sein Handelsbuch sollte berufen können.

ner Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verf. 2. B. 2. Abth. S. 454. ff.

49) von Cramer wetzlarische Beyträge 4. Th. Nr. 1. §. 23. Struben rechtliche Bedenken Th. V. Bed. 104. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXIX. medit. 3. et 4. Edzard de fide libror. mercatorior. §. 22. Westphal Rechtsgutachten 1. B. S. 120. §. 10. v. Martens Grundſ. des Handelsrechts. §. 41. S. 46. Schaffshausen cit. Diss. §. 14. Ebeling in der angef. Schrift §. 32. u. a. m.

50) Ebeling. §. 36.

51) Rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 60.

Zu den Fällen, wo Privaturkunden für den Verfasser beweisen sollen, rechnet Hellfeld auch noch den, wenn dieselben durch die Unterschrift von drey Zeugen, oder durch eine gerichtliche Bestätigung Glaubwürdigkeit erhalten. Allein die Unterschrift von drey Zeugen kann der Urkunde an sich nicht mehr Beweiskraft geben, als sie ohne dieselbe hat, wenn diese Zeugen nicht durch eidliche Recognition derselben zugleich bewahrheiten, daß die Urkunde mit Einwilligung des Gegners, wider welchen sie zum Beweis gebraucht werden soll, errichtet worden sey[52]. Sie beweißt also nun nicht als Privaturkunde, sondern weil sie die eidliche Aussage der Zeugen für sich hat, und dann wären zu diesem Beweise auch schon zwey Zeugen[53]) genug, welche die Richtigkeit des Inhalts der Urkunde beweisen würden, wenn sie auch nicht von ihnen wäre unterschrieben worden.

§. 1167.

Wirkung der Recognition.

Durch die Recognition einer Urkunde wird nur blos die Aechtheit und Richtigkeit derselben ausser Zweifel gesetzt. Es ist hierdurch nunmehr entschieden, daß die Urkunde diejenige sey, für welche sie vom Producenten ausgegeben

52) S. *Henr.* Hahn Diss. de scripturarum recognitione et comparatione. *Helmst.* 1647. Th. 57. et 58. Westphals Rechtsgutachten 1. B. S. 118. §. 3. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. B. §. 1176. und Gensler über die Begriffe Beweis, Beweismittel. im Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 56. Not. *) u. S. 63. Not. *).

53) S. Hahn cit. Diss. Th. 59.

wird, und nichts Falsches enthalte [54]. In dieser Hinsicht hat eine Privaturkunde, wenn sie von dem Producten einmal gerichtlich recognoscirt worden ist, gegen ihn vim documenti iudicialis, und der Product kann nun noch zur eidlichen Diffession derselben eben so wenig zugelassen werden [55], als es demselben erlaubt ist, sich gegen eine recognoscirte Urkunde der Eidesdelation zu bedienen [56], weil dem Producenten nun nicht mehr zugemuthet werden kann, einen Eid darüber abzulegen, daß das Eingestandene wahr sey [57]. So wie jedoch durch die Recognition nur diejenigen Einreden ausgeschlossen werden, welche die Aechtheit und Richtigkeit der Urkunde betreffen, so bleiben dagegen dem Producten alle Einreden auch noch nach der Anerkennung offen, welche die Beweiskraft der Urkunde betreffen, ohne daß deshalb ein Vorbehalt nöthig ist [58]. Dahin gehört z. B. die Einrede des Betrugs, der Simulation, des

54) Westphal's Rechtsgutachten. 1. B. S. 122. §. 22. Gönner's Handbuch des gemeinen Prozeßes. 2. B. Nr. 46. §. 11.

55) Kind Quaestion. Forens. Tom. III. Cap. 64. Biener Syst. process. iudiciar. Tom. I. §. 146. Anderer Meinung ist jedoch Lyncker Rer. Decisar. Cent. IV. Decis. 344.

56) *Jo. Frid.* Wahl Diss. de recognitione documenti per testes et comparationem literarum. *Goett.* 1750. §. 14. not. l. und Bayn Diss. de recognit. et diffess. manus alienae §. 10. not. c.

57) Gönner's Handbuch a. a. O. §. 12. S. 377.

58) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozeßes. §. 331. Westphal's Rechtsgutachten a. a. O.

verzichteten Gebrauchs, des sich widersprechenden Inhalts, der Irrelevanz, des Irrthums, u. d. Mit diesen Einreden ist der Product auch dann noch zu hören, wenn auch gleich wegen seines Ungehorsams die Recognition einer Urkunde als geschehen wäre angenommen worden[59]). Denn die Frage, ob die Urkunde auch das wirklich beweise, was sie beweisen soll, ist dadurch noch nicht entschieden.

§. 1168.

Wirkung der Diffession. Abwendung derselben durch Vergleichung der Handschriften, und Anerkennung der Urkunde durch Zeugen.

Ist der Diffessionseid geschworen worden, so ist die Frage, was derselbe für eine Wirkung habe, unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Einige[60]) behaupten, daß dadurch alle Beweiskraft einer Urkunde dergestalt aufgehoben worden sey, daß kein weiterer Gegenbeweis Statt finde. Andere[61]) hingegen schränken dieses blos auf den Fall ein, wenn der Producent die Diffession ausdrücklich verlangt habe, weil das Auffordern des Producten zur eidlichen Diffession auf Seiten des Producenten einen stillschweigenden Verzicht auf anderweiten Beweis enthalte.

59) Wernher Select. Observat. forens. Tom. I. P. IV. Obs. 169. Berger Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 24. Th. 14. nr. 15.

60) Berger Oecon. iuris c. l. nr. 16. fin. Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 596. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 89. S. 162.

61) Naevius de iuramentis. P. III. Cap. 8. §. 14. Rivinus Enunciat. iuris Tit. XXV. §. 30.

Diejenigen[62]), welche den Diffessionseid für eine species iuramenti legalis halten, legen ihm zwar die Wirkung bey, daß die eidlich abgeleugnete Urkunde hierdurch für das erste alle Beweiskraft verliere; allein gänzlich werde doch dadurch die Urkunde nicht entkräftet, sondern dem Producenten stehe noch der Weg offen, den Beweis der Richtigkeit derselben zu führen, wenn er ihn übernehmen wolle, weil dadurch die Sache blos in den Zustand einer negativen Litiscontestation sey gebracht worden. Diesen Beweis lassen auch diejenigen[63]) zu, welche den Diffessionseid für einen Reinigungseid halten. Da jedoch der Abläugnungseid vielmehr als ein freywillig angetragener Eid zu betrachten ist (§. 1163.); so kann gegen die Ableistung desselben ein Beweis nur in soweit zugelassen werden, als derselbe überhaupt gegen einen deferirten Eid Statt findet[64]). Die Frage, wie weit ein solcher Eid wegen begangenen Meineides angefochten werden könne, ist jedoch schon an einem andern Orte[65]) erörtert worden. Die meisten heutigen Rechtsgelehrten[66]) stimmen indessen darin überein, daß eine

62) Mevius Tom. II. P. VI. Decis. 278. *Eb. Christ.* Canz Tract. de probabilitate iuridica, s. de praesumtione Cap. III. P. II. Sect. III. §. 203. Fried. von Bülow u. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 1. B. Erört. XXIV. §. 3. Martin's Lehrbuch des bürg. Prozeßes. §. 203.

63) *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 55.

64) Malblanc Doctr. de iureiurando §. 50. pag. 133. der neuesten Ausgabe.

65) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 798. b. S. 247. ff

66) *Car. Frid.* Walch Diss. de instrumentorum post iuratam eorum diffessionem fide. *Jenae* 1758. §. 6. sqq.

eidlich abgeläugnete Urkunde nunmehr zwar für unrichtig zu halten sey, und ihren Glauben für jetzt verlohren habe. Kann indessen der Producent nicht nur den Meineid, sondern auch die Richtigkeit der Urkunde vollkommen darthun[67], so erlange die Urkunde nicht nur ihre Beweiskraft wieder, sondern der Product ziehe sich auch, wenn er böslich abgeläugnet hat, den Verlust aller seiner Einreden gegen die Urkunde zu.

Es giebt auch mancherley Mittel, die eidliche Abläugnung der Urkunden abzuwenden[68]. Hellfeld führt hier die Vergleichung der Handschriften[69], und die Anerkennung durch Zeugen[70] als die vorzüglichsten an.

Claproth Einleit. in den ord. bürgerlichen Prozeß. 2. Th. § 243. Danz Grundsätze des ordentl. Prozeßes §. 335. Gönner Handbuch des deutsch. gemeinen Prozeßes. 2. B. Nr. XLVI. §. 14. Thibaut System des Pand. Rechts. 3 Th § 1181. und ZIMMERN Commentat. de iuramento diffessionis. §. 19.

67) Der Beweis durch Zeugen wird hier jedoch für bedenklich gehalten, und von einigen ganz ausgeschlossen. BERLICH Conclusion. pract. P. I. Concl. XXXV. nr. 9. Andere hingegen erfordern wenigstens hier eine größere, als die sonst gewöhnliche Anzahl von Zeugen. SCHNEIDER vom rechtl. Beweise. Anmerk. LXXII. S. 534.

68) *Jo. Henr.* BERGER Diss. de modis declinandi recognitionem et diffessionem instrumentorum. *Vitemb.* 1701.

69) *Frid. Es. a* PUFENDORF de comparatione literarum, in Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 24. *Jo. God. Sig. Alb.* BÜCHNER Diss. de probatione per litterarum comparationem. *Goett.* 1779. *Phil. de* RENASSON de la preuve par comparaison d' ecritures. *Paris.* von Gönner Handbuch des gemein. Prozeßes. 2. B.

I. Die **Vergleichung der Handschriften** (*comparatio litterarum*) ist überhaupt diejenige Handlung, da durch vereidete Schreibmeister auf Ansuchen des Beweisführers, und auf richterliche Instruction untersucht wird, ob zwey oder mehrere Schriften von einer und derselben Hand sind. Sie setzt also das Daseyn einer Urkunde voraus, von welcher vollkommen bewiesen ist, daß sie von eben dem Auctor herrühre, von welchem, nach des Beweisführers Angaben, auch diejenige Urkunde geschrieben oder unterschrieben worden seyn soll, deren Aechtheit von dem Producten verneinet wird. Man nennt diese authentische Urkunde, nach welcher die Vergleichung angestellet wird, die *Scriptura ex qua*, zum Unterschiede der streitigen Urkunde, um deren Willen die Vergleichung der Handschriften vorgenommen wird, welche man die *Scriptura ad quam* zu nennen pflegt.

Wie nun aber die Authenticität der bey dieser Vergleichung zum Grunde zu legenden Urkunde festzustellen sey,

Nr. XLVI. §. 16. Goldschmidt Abhandlungen aus dem deutsch. gemeinen Civilprozeße. Frankf. 1818. Nr. 9. S. 101. Gensler theor. prakt. Bemerkungen über die Anerkennung der schriftl. Beweisurkunden, deren Anerkennung durch Instruments- und andere Zeugen, den Diffessionseid, die Handschriftvergleichung und anderee Aechtheits-Beweise, in dem Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XXXII. und Klüpfel über die Vergleichung der Handschriften nach röm. Rechte. Ebendas. Nr. XXXII.

70) *Jo. Henr.* Hartleben Diss. de recognitione instrumentorum per testes. *Jenae* 1717. *Jo. Frid.* Wahl Diss. de recognitione instrumentorum per testes et comparationem litterarum. *Goetting.* 1750.

beunruhigte vorzüglich den Kaiser Justinian, welcher darüber mehrere Verordnungen erlassen hat. Anfangs sollte nur eine gerichtliche, oder von öffentlich authorisirten Personen errichtete, aber keine Privat-Urkunde zur Anstellung einer solchen Vergleichung geeignet seyn, wofern nicht etwa letztere von drey Zeugen mit unterschrieben wäre, von denen wenigstens zwey die Aechtheit derselben durch ihre Aussagen bestätiget hätten [71]. Allein durch die Erfah-

71) *L.* 20. *Cod. de fide instrum.* Comparationes literarum ex chirographis fieri, et aliis instrumentis, quae non sunt publice confecta, satis abundeque occasionem criminis falsitatis dare, et in iudiciis, et in contractibus manifestum est. Ideoque sancimus, non licere comparationes literarum ex chirographis fieri, *nisi trium testium habuerint subscriptiones*, ut prius literis eorum fides imponatur, vel ex ipsis hoc deponentibus, sive cunctis, sive omnimodo *duobus ex his*, sine comparatione literarum testium procedente: et tunc ex huiusmodi chartula iam probata comparatio fiat, aliter etenim fieri comparationem nullo concedimus modo, licet in semetipsum aliquis chartam conscriptam proferat: sed tantummodo *ex forensibus, vel publicis instrumentis*, *vel huiusmodi chirographis, quae enumeravimus*, *comparationem trutinandam.* Statt *sine comparatione literarum testium procedente*, lesen einige Ausgaben, z. B. die des Claud. Chevallon und Hugo a Porta, auch einige Handschriften, wie Lud. Charondas bemerkt, *sive* comparatione etc. und diese Leseart billigen auch Heinr. Agyläus und Jac. Cujaz ad Nov. XLIX. Allein die Leseart *sine* comparatione etc. ist unstreitig richtiger. Der Sinn ist der: sollten jedoch auch nicht einmal zwey von den Zeugen am Leben seyn, sondern entweder bis auf einen, oder alle gestorben seyn; so soll keine Ver-

rung belehrt, daß der Gebrauch der Privaturkunden zur Vergleichung der Handschriften nicht so ganz allgemein ausgeschlossen werden könne, wenn nicht eine solche Bestimmung zu offenbaren Ungerechtigkeiten und Unbilligkeiten Anlaß geben solle, modificirte Justinian jene Verordnung durch eine neuere Constitution dahin, daß auch eine bloße Privaturkunde, ob sie gleich nicht von Zeugen unterschrieben wäre, doch alsdann zur Grundlage bey Vergleichung einer Handschrift solle dienen können, wenn sie entweder von dem Producten einst für sich selbst producirt, oder zuvor in einem öffentlichen Archive wäre aufbewahrt worden [72].

gleichung ihrer Handschriften Statt finden, um hierdurch die Aechtheit der Urkunde zum Behuf einer Vergleichung mit der streitigen herzustellen, wie Büchner Diss. cit. §. 7. gezeigt hat.

72) *Nov. XLIX. Cap.* 2. nach Hombergks Version. Illud etiam huic legi adjiciendum putavimus. Quoniam enim iam legem scripsimus, quae vult, ut ex instrumentis propria manu scriptis nulla fiat comparatio, sed ex solis publicis, videmus vero rerum experientiam conveniente correctione legis egere, idque ex ipso litigantium experimento invenimus, secundum hanc formam eam emendare volumus. Saepe enim prolato ab aliquo instrumento propria manu conscripto, atque ex eo vel actione, vel iuris sui probatione desumta, cum pars adversa literas eiusdem manus protulisset, et ex illis, quae ipse adversarius illi protulerat, legitimam probationem fieri voluisset, hic utebatur lege, quod ex publicis instrumentis, non vero ex propria manu conscriptis comparationes fieri debeant. — §. 1. Sancimus igitur, si forte aliquid tale contingat, et quis velit literarum ab adversario prolatarum examen institui, ne id tanquam non

Noch immer schien jedoch dem ängstlichen Gesetzgeber der Aechtheitsbeweis einer Urkunde durch Handschriftvergleichung um so bedenklicher zu seyn, als selbst die höchste Aehnlichkeit noch keine gewisse Ueberzeugung gewährt, indem es nicht nur möglich ist, daß zwey Personen ganz gleiche Schriftzüge führen, sondern auch, wie Justinian selbst von seinem verdorbenen Zeitalter bekennt, betrügerische Kunst fremde Schriftzüge täuschend nachzuzeichnen versteht. Besonders aber machte ein Fall, der sich in Armenien ereignet hatte[73]), den Kayser äusserst zweifelhaft,

recte factum traducatur. Cui enim ipse fidem habet, quodque protulit, et ex quo iura sua fluunt, id non calumnietur, neque comparationem literarum cum illo fieri prohibeat, quamvis privata scriptura sit. Neque enim ipse secum pugnabit, et quae affirmat, calumniabitur. — §. 2. Si vero ex publicis etiam Archivis charta proferatur, veluti apocha mensae gloriosissimorum praefectorum (nam et de eo quaesitum esse scimus), vel ex publicis Archivis quid prolatum sit, vel publicum habeat testimonium, etiam hoc ad comparationes admittendum esse sancimus. Cum enim ubique crimen falsi odio habeamus, ut illi, qui literas conferunt, iusiurandum praestent, constituimus, atque ut comparatio ex solis publicis instrumentis fiat, introduximus. Quare per omnia lex illa valeat, atque praesens distinctio illi addita sit, et iusiurandum ab illis, qui conferunt literas, omnimodo praestetur. Diese letzteren Worte lauten in der alten Version so: iureiurando tamen comparantium omnibus modis *prohibendo*, welches offenbar dem ganzen Sinne zuwider ist.

73) Justinian erzählt diesen Fall *Nov. LXXIII. Praefat.* Novimus leges nostras, sagt er nach Homberg,

wo die Handschriftvergleichung und die Anerkennung durch die Instrumentszeugen einander ganz entgegengesetzte Resultate hervorbrachten. Dennoch schien es dem Kaiser nicht rathsam zu seyn, die Vergleichung der Handschriften

quae ex comparatione etiam literarum instrumentis fidem fieri volunt, atque Imperatores quosdam, ingravescente iam malitia, illis, qui instrumenta adulterant, talia prohibuisse: unum illud falsariis studio esse credentes, ut in imitandis literis se ipsos quam maxime exerceant: cum falsum nihil aliud sit, quam imitatio veri. Quoniam igitur his temporibus innumera falsa invenimus in litibus, quas audivimus, praeter opinionem etiam nobis aliquid ex *Armenia* exortum est. Cum enim instrumento permutationis prolato literae dissimiles iudicatae essent, deinde, ubi illi, qui in instrumento testes fuerunt et subscripserunt, inventi sunt, et manum agnoverunt, instrumentum fidem accepit. Atqui inopinatum quid hic contigit, ut literae quidem, licet examinatae, fide destitui viderentur, testium vero dicta cum veritate convenirent: sicque fides testium quodammodo certa esse videbatur. Videmus tamen naturam eius saepe egere examinatione rei, cum literarum dissimilitudinem saepe tempus (neque enim iuvenis aliquis et robustus ita scripserit, ut senex et tremebundus) saepe etiam morbus efficiat. Et quid haec dicimus, cum calami et atramenti mutatio similitudinis veritatem omnino tollat. — Cap. 3. Si tamen aliquid tale contingat, quod in *Armenia* factum est, et aliud comparatio literarum prae se ferat, aliud vero testimonia: tunc nos quidem ea, quae viva voce et iurato dicuntur, fide digniora existimamus, quam ipsam per se scripturam. Veruntamen hoc iudicis prudentiae et religionis sit, ut veracibus potius, quam talibus credat.

ganz aus der Reihe der Beweismittel zu vertilgen. Desto mehr aber war er bemüht, sie theils seltner zu machen, theils aber auch ihr mehrere Zuverläßigkeit zu verschaffen. Dieses glaubte er nun nur dadurch bewirken zu können, daß er nicht jede in Streit gezogene Urkunde sogleich des Aechtheitsbeweises durch Handschriftvergleichung würdig geachtet wissen wollte, sondern nur eine solche, welche eine gewisse gesetzlich vorgeschriebene Form hatte, die ihr schon an sich einen gewissen Grad von Glaubwürdigkeit gebe. Daß auf diese Art das schwere Problem, wie eine Vergleichung der Handschriften mit Sicherheit anzustellen sey, gelöset sey, davon schien Justinian so fest überzeugt zu seyn, daß man sich nun nicht wundern wird, wenn er in der deshalb erlassenen neuern Constitution Nov. LXXIII. am Ende der Präfation mit folgenden Worten von sich rühmt: *Quoniam igitur Deus imperium propterea de coelo demisit, ut illud difficilibus rebus bona sua impertiret, legesque ad naturae veritatem aptaret, propterea etiam hanc legem scribendam, et subditis. quos nobis Deus antea tradidit, et paulatim semper adjicit, in commune ferendam putavimus.*

Justinian gedenkt nun in der angeführten Constitution zweyerley Arten von Urkunden, wegen deren eine comparatio literarum Statt haben kann;

1) derjenigen, welche von dem Schuldner selbst geschrieben oder unterschrieben sind [74];

2) derjenigen, welche von einer öffentlich authorisirten Person, von einem Tabellio, ausgefertiget worden sind [75]. Bey beyden erfordert er jedoch, daß sie von

74) *Nov. LXXIII. cap.* 1. 2. 3. *et* 4.

75) *Nov. cit.* cap. 5.

drey Zeugen unterschrieben seyn müssen. Justinian meint zwar hier vorzüglich Instrumentszeugen, doch soll es auch gelten, wenn nur Zeugen bey Ausstellung der Urkunde gegenwärtig waren, welche aussagen, der Product habe in ihrer Gegenwart die Urkunde unterschrieben[76]. Er suchte also durch diese Vorsicht die Vergleichung der Handschriften

76) *Nov. LXXIII. cap.* 1. wo Justinian den Grund anführt, ne ex literis solum, earumque examinatione pendeamus, sed iudices etiam auxilium quoddam a testibus habeant. Talia enim testimonia admittimus, ubi testes, qui interfuerunt, dicunt ipsis praesentibus subscripsisse eum, qui contractum fecit, et se hoc scire. Nam si eiusmodi testes *non pauciores*, *quam tres*, fide dignos invenerimus, illis fidem non derogamus. Neque enim ponimus legem, ut in angustum probationes contrahamus, sed ut ipsis existentiam et securitatem tribuamus. — Cap. 2. Sed et si quis vel mutui, vel alterius cuiusdam contractus instrumentum faciat, neque id publice confici velit (quod in deposito etiam decernimus), instrumentum illud mutui scriptum non videatur per se dignum, nisi testes fide digni, *nec pauciores quam tres*, praesentes fuerint: ut sive ipsi adsint, *et literis suis testimonium dent*, sive alii quidam, *qui ipsis praesentibus instrumentum confectum esse testentur*, negotium ex utraque parte fidem accipiat, *nec examinatio literarum plane rejiciatur*, *sed sola non sufficiat et testium accessione confirmetur*. — Cap. 4. Nam cum falsitates et imitationes manuum mutuamus, nec illis, si nudae sint, credamus, eam subtilitatem huic rei inducimus, non ut illos, qui credunt, fide, quam amicis habent, privemus, sed ut perfidiam, et inficiationem, quoad eius fieri potest, multis modis redarguamus.

theils seltener, theils zuverläßiger zu machen. Denn sind die Zeugen noch am Leben, so wird es wohl nicht leicht zu einer comparatio literarum kommen, weil es nun der Product nicht wagen wird, die Urkunde abzuläugnen, deren Richtigkeit durch die Recognition der Zeugen eben sofort bewiesen, als der Product seiner Lüge überführt werden könnte. Sind hingegen die Zeugen nicht mehr am Leben, so hat wenigstens eine solche Urkunde, welche von drey Zeugen unterschrieben ist, wenn auch die Recognition ihrer Unterschrift nun nicht mehr von ihnen selbst geschehen kann, schon einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich, daß sie ächt seyn müsse. Nun erst kann eine comparatio literarum mit Sicherheit angestellt werden, und um dadurch den vollkommensten Beweis der Aechtheit des von dem Producten bestrittenen Documents herzustellen, so sollen nicht nur die Schriftzüge der Urkunde selbst, sondern auch die Unterschriften der Zeugen untersucht und verglichen werden [77]. Eben so soll es mit der oben angegebenen andern Art von Urkunden gehalten werden, welche von einem öffentlich authorisirten Tabellio ausgefertiget worden sind [78]. Ist derselbe nebst den Zeugen noch am Leben, so soll deren eidliche Recognition die weitere Schriftenverglei-

77) *Nov. LXXIII. Cap.* 7. Si tamen omnes testes moriantur, vel forte absint, vel aliter a testibus, qui subscripserunt, fides facile confirmari nequeat, — sed comparationem literarum aut completionum, aut eorum, qui subscripserunt, amplecti plane necesse sit: tunc quidem ad comparationes venire convenit.

78) *Nov. cit.* cap. 5. Sed et instrumenta publice confecta, etsi a *tabellionibus* impleta sint, ipsa etiam, antequam perficiantur, *subscriptionem testium*, ut dictum est, accipiant.

chung überflüßig machen [79]). Ist aber von den allen Niemand mehr am Leben, dann soll auch hier eine Vergleichung sowohl der Urkunde als der Unterschriften angestellt, und auf solche Art durch eine Vergleichung dieser mehreren Handschriften der Beweis der Aechtheit der Urkunde vollkommen hergestellt werden [80]). Einen weiteren Erfüllungseid von Seiten des Producenten erfordert Justinian nicht. Zwar schreibt er vor, es sollen beyde Theile schwören, der Producent, daß ihm kein anderer Aechtheitsbeweis übrig sey, und er dabey ohne alle Gefährde handle, der Product aber, daß er auch seiner Seits nichts gethan, noch arglistig etwas unternommen habe, wodurch die Wahrheit verdunkelt und die anzustellende Handschriftenvergleichung gehindert werden könnte; es sind aber diese Eide blos Eide für Gefährde, welche die Partheyen sich dann auch gegenseitig erlassen können [81]). Aus dem allen

79) *Nov. cit. Cap.* 7. §. 1. In his vero instrumentis, quae publice conficiuntur, si tabellio advenerit, et iurato testetur, ——— ut tres sint testes, non unus. —— ne comparationi locus sit.

80) *Nov. cit. Cap.* 7. §. 2. Sin autem nullus horum adsit, tum quidem fiat completionum (*τελεσματων*, i. e. scripturarum, instrumentorum, *γραμμάτων*, wie es Hombergk nach Julian richtig erklärt) collatio, illa vero sola ad hoc non sufficiat, sed aliorum etiam manus, qui forte subscripserunt, vel contraxerunt, examinentur, *ut ex multis comparationibus tum completionum, tum eorum, qui subscripserunt, vel etiam contraxerunt, una undique colligatur atqueperficiatur fides.*

81) *Nov. cit. Cap.* 7. *princ.* Omni autem diligentia procedendum, et si illis fidem habendam putaverint, ius-

ergiebt sich nun, daß Justinian in seiner Gesetzgebung mit reifer Umsicht zu Werke gegangen sey, und wohl nichts weniger, als den Vorwurf der Neuern, verdiene, als habe er doch nur, bey allen seinen Aenderungen und Verbesserungen, uns ein ziemlich dunkles Chaos hinterlassen; es hat auch gewiß den römischen Grundsätzen über diese Beweisart nach Büchners treflicher Abhandlung an einer

iurandum proferenti omnino imponendum est, quod nullius mali conscius sibi sit in eo, quod a se profertur, nec effecerit, ut quaedam fraus circa comparationem fieret, atque ita eo utatur, ut nihil plane tollatur, et per omnia securitas rebus concilietur. — §. 3. Si vero nihil aliud quam instrumentorum comparatio inveniatur, illud quidem, quod hucusque obtinuit, procedat, ut is, qui instrumentum ad collationem faciendam profert, more solito iuret, quo res ad maiorem rei fidem accessionem omnino accipiat: et ipse, qui petit, ut haec fiant (ohne Zweifel der Product), insuper iuret, se omni alia probatione destitutum ad comparationem instrumentorum venisse, nec quicquam circa eam fecisse, aut machinatum esse, quod forte veritatem occultare possit: atque hac re contrahentes liberari poterunt, si velint, et ambo consentiant, ut instrumenta insinuent, ipsique contrahentes illa apud acta deponant, quo perfidia et corruptione et falsitatibus et quibuscunque aliis malis, quae hac lege lata corrigimus, liberentur: illis, quae de comparatione literarum cum iis, *quae propria manu conscripta sunt*, instituenda, iam a nobis sancita sunt, in suo robore manentibus. Daß Justinian hier wirklich von zwey verschiedenen Eiden rede, hat auch schon *Jac.* Cujacius in Exposit. ad Nov. XLIX. bemerkt. Vorzüglich aber hat dieses Büchner cit. Diss. §. 19. et 20. bewiesen.

klaren Entwickelung nicht weiter gefehlt. Noch ist jedoch zu bemerken, daß Justinian die vorgeschriebene Pünctlichkeit bey der Vergleichung der Hände nur in Sachen von Wichtigkeit beobachtet wissen will. Denn betrifft der Gegenstand nur etwa unam auri libram, so soll es dabey bleiben, was bisher im Gebrauche war, ne exiguis de rebus magna damna homines sustineant [82].

2) Nach Justinians Verordnung soll also die comparatio literarum nur dann zur Ausmittelung der Aechtheit einer Urkunde dienen, wenn eine Beweisführung oder Anerkennung durch Zeugen nicht Statt finden kann. Hierauf geht auch zum Theil mit der dem Producenten, welcher sie verlangt, obliegende Gefährdeeid.

3) Da bey ihr ein Schluß aus Aehnlichkeit der Handschriften zum Grunde liegt, wozu besondere Kenntniße der Schreibkunst erfordert werden, so erfordert sie die Beyziehung vereideter Schreibkunstverständiger, welche von beyden Theilen in Vorschlag gebracht werden können [83]. Diese müßen nun

4) die Schriftzüge der in Streit befangenen Urkunde mit den Schriftzügen jener authentischen Urkunde vergleichen, welche bey dieser Vergleichung zum Grunde zu legen ist, und deren Authenticität denn freylich festgestellt seyn muß. Ob nun wohl

82) *Nov. LXXIII. cap. 8. in fine.*

83) Wahl Diss. de recognit. instrumentor. per testes et lit. comparat. §. 33. Danz Grundſ. des ordentl. Prozeßes. §. 337.

5) diese Authenticität in Civilsachen am zuverläßigsten durch des Producten Geständniß ihrer Aechtheit hergestellt wird, welches Geständniß auch in dem Falle anzunehmen ist, wenn derselbe einst die nämliche Urkunde, welche jetzt bey der Vergleichung zur Norm dienen soll, als von ihm, oder demjenigen geschrieben, oder unterschrieben, der für den Aussteller ausgegeben wird, zu seinem Vortheil selbst producirt hat; so hat es doch auch

6) keinen Zweifel, daß wenn die Vergleichsurkunde von Zeugen unterschrieben ist, und von diesen Instrumentszeugen nur wenigstens zwey die Urkunde eidlich für diejenige anerkennen, welche einst die von dem Producenten angegebene Person in ihrer Gegenwart und nebst ihnen eigenhändig unterschrieben habe; oder auch wenn andere Zeugen eidlich außagen, wie sie es selbst gesehen, daß derjenige die Urkunde geschrieben oder unterschrieben habe, der für den Verfasser derselben gehalten wird, ein solcher Authenticitätsbeweis der bey der Vergleichung zum Grunde zu legenden Urkunde die Stelle eines Geständnißes des Producten vertrete [84]. Die Schreibkunstverständigen müßen nun

7) ihr Gutachten darüber, ob die ihnen vorgelegten Documente von der nämlichen Hand geschrieben sind, zu den Acten geben; von welchem Gehalt aber ein solcher Beweis sey, wird der folgende §. lehren.

II. Die Anerkennung durch Zeugen (*Recognitio per testes*) besteht in der eidlichen Aussage von Zeu-

84) Gensler's angef. Bemerkungen über die Anerkennung der Urkunden rc. im Archiv für die civilist. Praxis. Nr. XXXII. S. 330. u. 331. und von Gönner Handbuch des gem. Prozeßes 2. B. Nr. XLVI. §. 16. S. 483.

gen, daß die ihnen vorgelegte Urkunde von dem angeblichen Aussteller derselben unterschrieben worden sey, oder doch derselbe sich für den Urheber der Urkunde bekannt habe. Diese Zeugen können nun entweder

1) solche seyn, welche die Urkunde mit unterschrieben haben. Diese legen dann ihr Zeugniß durch Recognition ihrer Unterschriften ab, welche aber eidlich geschehen muß, sobald es der Product verlangt. Dieses ist die Recognition durch Instrumentszeugen. Oder es können auch die Zeugen

2) andere, als Instrumentszeugen, seyn, nämlich solche, welche entweder a) eidlich aussagen, daß sie, die Zeugen, zugegen gewesen, und mit eignen Augen gesehen, wie der Product, oder der von dem Producenten angegebene Auctor die jetzt in Frage stehende Urkunde schrieb oder unterschrieb, oder doch b) daß der Product, oder jener Auctor, diese nämliche Urkunde einst in ihrer Gegenwart als diejenige anerkannt habe, wofür sie jetzt der Producent ausgiebt [85].

Die Aussagen aller dieser Zeugen müssen jedoch durchaus blos rein historisch seyn, und auf eigner Erfahrung derselben beruhen. Sie dürfen also kein Urtheil enthalten [86]. Es ist demnach eine ganz unrichtige Vorstellung, welche man sich von der Anerkennung der Urkunden durch Zeugen macht, wenn man sie darin setzt, daß

85) S. von Gönner a. a. O. §. 15. und Gensler im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. S. 324. A. und S. 328. C.

86) Gensler a. a. O. S. 328.

Zeugen angegeben werden, welche eidlich erhärten sollen, daß sie des Producten Hand sehr wohl kennen, auch gewiß glauben, und dafür halten, daß er das ihnen vorgelegte Document ausgestellet habe [87]). Eine solche Beweisführung ist sogut, wie gar keine, weil Zeugen in demjenigen, was sie glauben, oder urtheilen, gar keinen Glauben verdienen [88]). Daß übrigens selbst der Verfasser einer Urkunde, welcher eidlich erhärtet, daß der Product sie in seiner Gegenwart und vor seinen Augen unterschrieben habe, als ein klassischer Zeuge zu betrachten sey, wenn

87) Siehe Berger Diss. cit. de modis declinandi recognit. et diffess. instrumentor. §. 17. Danz Grundſ. des ordentlichen Prozeßes §. 339. Biener Syst. process. iudic. Tom. I. §. 152. Deltze Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 226. Nr. 2. Man leitet zwar diese Art der Recognition durch Zeugen aus dem alten teutschen Recht her, welche schon vor Einführung des Röm. Rechts üblich gewesen, und auch nachher beybehalten worden sey. S. Heineccii Elem. iuris germanici. Tom. II. Lib. III. Tit. 6. §. 257. Not. *. pag. 606. und Wahl Diss. cit. de recognitione instrumentorum per testes. §. 17. pag. 44. Not. y. Allein wäre dieses auch historisch richtig, so ist es dennoch, und bleibt ein alter Irrthum, weil ein Zeugeneid de credulitate durchaus nichts beweisen kann. S. Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 26. pag. 162. Es ist dieses auch schon an sich widersprechend. Die Vergleichung der Handschriften erfordert das Gutachten der Kunstverständigen, und doch soll auch die Aussage von Zeugen gelten, daß sie des Producentens Hand wohl kennen, auch gewiß glauben, daß er das ihnen vorgelegte Document ausgestellet habe. S. Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 182. §. 1. pag. 566.

88) von Gönner a. a. O. §. 15. S. 481.

sonst keine anderen Gründe vorhanden sind, die dessen Glaubwürdigkeit aufheben oder schwächen, ist ausser Zweifel [89].

Es ist jedoch außer diesen beyden Beweisarten noch

III. denkbar, daß der Beweis der Aechtheit einer Urkunde auch durch eine andere an sich für ächt anerkannte, oder als solche bewiesene, mithin wider den Producten beweiskräftige Urkunde geführt werden könne, worin entweder des in Streit gezogenen Documents als von dem jetzigen Producten anerkannt, oder als von dem vom Producenten angegebenen Auctor herrührend auf eine solche Weise erwähnt wird, welche die Identität dieses erwähnten und des streitigen Documents außer Zweifel setzt [90].

§. 1169.

Wirkung 1) der Recognition durch Zeugen, 2) der Handschriftenvergleichung.

Diejenigen [91], welche die Anerkennung der Urkunden durch Zeugen in einer bloßen Anerkennung der Handschrift in der ihnen vorgelegten Urkunde für diejenige des angeblichen Ausstellers, setzen, geben selbst zu, daß dieses ein so unzuverläßiges und trügliches Beweismittel sey, daß es nur eine sehr schwache Vermuthung für die Richtigkeit des Documents erzeuge, weshalb nur allen=

89) S. *Henr.* Brokes select. Observat. for. Obs. CVIII. und Fried. von Bülow u. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 4. B. Erört. 47. S. 253.

90) Gensler a. a. O. S. 328. D.

91) S. Danz angef. Grundſ. §. 340.

falls auf den Reinigungseid erkannt werden könne. Es ist aber vielmehr diese Art der Recognition mit Gönner[92]) aus der Reihe der Beweismittel ganz hinwegzustreichen.

Soviel nun also

I. die eigentliche Recognition durch Zeugen anbetrifft, so besteht

1) die Wirkung der eidlichen Recognition durch die Instrumentszeugen, welche die Urkunde unterschrieben haben, darin. Zwey derselben beweisen die Aechtheit der Urkunde vollkommen. Ist aber nur noch einer am Leben, welcher die Unterschriften der übrigen, als mit eignen Sinnen bemerkt, aussagt, so begründet eine solche Recognition jetzt den Erfüllungseid[93]).

2) Ist hingegen von der Recognition einer Urkunde durch andere Zeugen, als solche, die das Document mit unterschrieben haben, die Rede, so ist diese Beweisart ganz nach den allgemeinen Principien vom Zeugenbeweise zu beurtheilen[94]). Der Beweis muß daher durch förmliche Artikel angetreten, und diese müßen auf die Thatsache gerichtet werden, wovon die Aechtheit der Urkunde abhängt, und wovon schon in dem vorigen §. die Rede war. Die Artikel müßen dann dem Producten zur Einreichung beliebiger Fragstücke mitgetheilt, und die Zeugen eidlich darüber vernommen werden. Um aber auch die

92) a. a. O.

93) S. Gensler über den Begriff Beweis rc. §. 8. im Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. S. 63. Not. *.

94) S. Wahl Diss. de recognit. instrumentor. per testes. §. 21.

Identität der in Frage stehenden Urkunde außer Zweifel zu setzen, erfordert es der Zwek dieser Beweisführung, daß den Zeugen in dem Termin die Urkunde, deren Richtigkeit der Producent darthun will, in der Urschrift vorgelegt werde [95]. Haben nun

a) auf solche Art zwey klassische Zeugen aus eigener Erfahrung die Richtigkeit der Urkunde bezeugt, d. h. haben sie eidlich ausgesagt, daß sie zugegen waren, und mit eigenen Augen sahen, wie der Product, oder der von dem Producenten angegebene Auctor die jetzt in Frage begriffene Urkunde schrieb oder unterschrieb; so ist ein so vollständiger Beweis erbracht, daß nun keine weitere Diffeßion Statt finden kann. Das Document wird also nunmehr für anerkannt gehalten, und der Product verliert zur Strafe des böslichen Abläugnens alle seine Einreden gegen die Urkunde [96]. Hat der Producent nur die eidliche Aussage eines klassischen Zeugens für sich, so wird er zum Erfüllungseide gelassen.

b) Sagen aber zwey, oder auch nur ein klaßischer Zeuge eidlich aus, daß der Product das Document einst in ihrer Gegenwart als dasjenige anerkannt habe, wofür jetzt der Producent es ausgiebt; so ist dieser Beweis nach den Grundsätzen von der Wirkung eines außergerichtlichen Geständnißes zu beurtheilen, wovon §. 1801. handelt [97]. Soviel hiernächst

95) Oeltze Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 226.

96) Wahl Diss. cit. §. 29. Danz Grundſ. des ordentl. Prozeßes. §. 340.

97) Gensler's angef. Bemerkungen über die Anerkennung der schriftlichen Beweisurkunden. im Archiv 2. Band S. 328. E. am Ende, und Derselbe über die Begriffe

II. die Wirkung der comparatio literarum anbelangt, so hat dieselbe, da die in dem Röm. Recht vorgeschriebenen Erforderniße jetzt nicht mehr befolgt werden, sondern eine jede Urkunde, deren Richtigkeit vom Producten geläugnet wird, die Veranlaßung dazu geben kann, wenn sie auch nicht von drey Zeugen mit unterschrieben ist, auch nun nicht mehr die Wirkung, welche derselben in dem Röm. Recht beygelegt wird; sondern unsere heutigen Practiker sind darin einverstanden, daß wenn auch das Urtheil der Sachverständigen ganz bestimmt dahin ausfällt, die Schriftzüge beyder Urkunden wären einander ganz ähnlich, und schienen von der nämlichen Hand geschrieben zu seyn, dennoch hierdurch mehr nicht, als immer nur ein halber Beweis bewirkt werde, von welchem höchstens ein Erfüllungseid des Producenten das juristische Resultat seyn könne, insofern letzter die Aechtheit der streitig gewesenen Urkunde als historische Thatsache beschwören kann [98]. Ist hingegen ihr Gutachten nicht so bestimmt ausgefallen, so

Beweis, Beweismittel rc. im Archiv 1. B. S. 49. Not. **) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. IV. Abschn Nr. 3. S. 57. f. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß 2. Abschn. 2. Kap. S. 97. der neuen Aufl. von Jury. von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes. 2. B. Nr. XLIII. o. 9. Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. § 82. a. S. 142. Schneider's vollständ. Lehre vom rechtlichen Beweise §. 97. u. 99.

98) Wahl cit. Diss. §. 35. Danz Grundſ. des ord. Prozeßes §. 338. Struben's rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 48. von Gönner Handbuch 2. B. Nr. XLVI. §. 16. Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 206. Gensler angef. Bemerk. im Archiv 2. B. S. 332.

kann, wenn auch nur einiger Zweifel übrig bleibt, wohin denn auch vorzüglich der Fall gehört, wenn die Sachverständigen nicht einstimmig, sondern nur nach der Mehrheit, die Gleichheit der Schriftzüge bezeugen, den Producten nur der Reinigungseid treffen, deßen Inhalt dann mit dem des Diffeßionseides gleichlautend ist. Ueberhaupt ist hier das Meiste dem Ermeßen des Richters zu überlaßen [99].

§. 1170.

Rechtsverhältniß bey verlornen Urkunden.

Zuweilen besitzt der Producent die Urkunden nicht, mit denen er beweisen wollte. Hier laßen sich zwey Fälle gedenken. Sie sind entweder verlohren, oder sie befinden sich in den Händen eines Dritten. In jenem Fall ist deswegen das Recht des Producenten selbst noch nicht verlohren, wenn er die Wahrheit der Thatsachen, woraus das bestrittene Recht abgeleitet, und deßen Wahrheit durch Urkunden bewiesen werden sollte, auf eine andere Art zu erweisen vermag [100]. Sollten die Urkunden erst nach der Beweisantretung verlohren gegangen seyn, so berechtiget ein solcher unvorhergesehener Fall den Producenten, auch nach verstrichenem Beweistermin durch neue Beweismittel ein Surrogat der verlohrnen Urkunden herzustellen. Es kann dann auch noch Eidesdelation Statt finden [1]. Sind hingegen keine Surrogate für die verlohrnen Urkunden

99) Pufendorf Observat. iur. univ. Tom II. Obs. 24. §. 4.

100) *L.* 1. 4. 5. 7. 8. *et* 10. *Cod. h. t.* Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 19. und Westphal's Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 27. S. 123.

1) von Gönner Handbuch des gemeinen Prozeßes 2. B. Nr. XLII. §. 2.

vorhanden, so sind entweder Zeugen vorhanden, welchen der Inhalt der verlohrnen Urkunde bekannt ist, oder es fehlt auch an diesem Beweismittel. In jenem Falle muß der Beweis nicht nur auf den Verlust, sondern auch zugleich auf die Aechtheit der verlohrnen Urkunde gerichtet werden, wenn die Beweisführung über den Inhalt ihrem Zweck ganz entsprechen soll [2]). In dem letzten Falle hingegen sind nun die Grundsätze über die Folgen des Zufalls, des Dolus, und der Culpa als entscheidend anzuwenden.

a) Der Zufall trifft immer den Producenten. Es heißt hier, was Paulus [3]) sagt: non ius deficit, sed probatio. Hat aber

b) ein Dolus des Producten den Verlust der Urkunde verursacht, so wird in poenam doli dasjenige nun für erwiesen angenommen, was der Producent durch diese Urkunde beweisen wollte [4]). Hellfeld meint zwar, wenn

2) *L.* 5. *Cod. h. t.* Lauterbach Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 58. Gönner a. a. O. §. 3. S. 490. Danz Grundſ. des ord. Prozeßes §. 321. Jedoch behauptet Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXII. medit. 1. die Praxis nehme es mit diesem Beweise nicht so genau; und Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 252. meint, wenn der Beweisführer die Existenz des durch Zufall verloren gegangenen Documents bewiesen habe, so könne er wegen des Inhalts zum Ergänzungseide gelassen werden.

3) *L.* 30. *D. de testam. tut.*

4) Gönner a. a. O. §. 4. Leyser Meditat. ad Pand. a. a. O. medit. 6. Danz Grundſ. des ord. Prozeßes. §. 321.

der Dolus erwiesen sey, so habe dieses nur die Folge, daß der Beweisführer nun den Inhalt durch seinen Eid beweisen könne. Eben dieses behauptet auch Nettelbladt [5]). Allein einen andern Beweis, als den des Dolus von Seiten des Producten, erfordern die Gesetze nicht [6]).

c) Ist der Beweisführer durch den Dolus eines Dritten um die Urkunde, mit welcher er seinen Beweis führen wollte, gebracht worden, so ist dieser verbunden, dem Producenten allen dadurch verursachten Schaden zu ersetzen, welchen er, besonders wenn der Verlust der Urkunde den Verlust des ganzen Prozeßes nach sich gezogen haben sollte, durch seinen Eid (iuramentum in litem) erhärten kann [7]).

d) Hätte der Dritte die Urkunde nicht gerade in böser Absicht, aber doch durch sein Verschulden abhanden kommen lassen, so würde zwar auch schon ein bloßes Verschulden den Producenten berechtigen von ihm Schadensersatz zu fordern, wenn er in einem solchen Verhältniß zum Producenten stand, welches ihn zur Prästation einer solchen Culpa verpflichtete [8]); allein die Würderung des Schadens

5) Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit. §. 302.

6) *L.* 20. *Cod. de probat.* — non est indiciis aliis opus, *sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.* S. *Jo. Andr.* Helwig Diss. de amissione instrumentorum. *Gryphisw.* 1736. Cap. III. §. 1.

7) *L.* 2. §. 1. *L.* 10. *D. de in litem iur.* *L.* 4. *Cod. ad exhibendum.* S. den 12. Th. dieses Commentars §. 813. S. 409.

8) Gönner a. a. O. §. 4. S. 492.

durch den Eid des Producenten (iuramentum in litem) findet hier nicht Statt [9].

§. 1171.

Edition der Urkunden.

Befinden sich die Urkunden in den Händen eines Dritten, so muß in Zeiten deren **Edition** verlangt werden. Man versteht aber unter der **Edition einer Urkunde** die Mittheilung derselben zum Behufe des Beweises [10]. Es kommt nun hier auf zwey Fragen an. 1) Wenn ehe muß sie verlangt, und 2) aus welchem Grunde kann sie verlangt werden?

Soviel die erste Frage anbetrifft, so sind die Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob das Editionsgesuch noch vor Ablauf des Beweistermins, oder wenigstens noch vor dem Productionstermin, oder auch noch zeitig genug in dem Productionstermin angebracht werden könne? Letzteres behauptet **Wernher** [11]. Da jedoch diese Meinung

9) *L.* 5. §. 3. *D. de in litem iur.*

10) *Christ.* HARTUNG Diss. de eo, quod iustum est circa instrumenta edenda. *Jenae* 1684. *Jo. Fr.* WAHL Diss. de editione instrumentorum. *Giessae* 1753. *Hier. Wold.* SILLEM Diss. sistens capita nonnulla in editione instrumentorum occurrentia. *Goettingae* 1790. *Frid. Wilh.* KOSSEL Diss. de causis obligationis ad edenda instrumenta. *Goett.* 1796. von **Almendingen** über Urkundenedition, in **Grolman's** Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts. 1. B. Nr. VII. S. 281. ff. und von **Gönner** in den Motiven zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren. 2. B. 2. Abth. S. 424. ff.

11) Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 88.

sich hauptsächlich auf den alten sächsischen Prozeß bezieht, und jetzt selbst in Sachsen nicht mehr beachtet wird [12]; so kann auch außerhalb Sachsen darauf keine Rücksicht genommen werden. Hellfeld lehrt daher, um Edition der Urkunden müße noch vor dem Productionstermin nachgesucht werden, weil sie in diesem Termin vorgelegt werden müßen. Das Sicherste ist wohl, daß Gesuch um Urkunden-Edition gleich bey der Antretung des Beweises, und also noch innerhalb des Beweistermins anzubringen [13]. Denn die Edition gehört ja, wie die Urkunde selbst, zum Beweise.

Wenn nun hiernächst zweytens die Frage entsteht, aus welchem Grunde die Urkunden-Edition gesucht werden könne? so ist

1) soviel gewiß, daß das Eigenthum oder Miteigenthum einer Urkunde in allen Fällen berechtiget, von Jedem die Edition zu fordern, welcher das Document in Händen hat. Es kann deshalb die Reivindication, oder die Publicianische Klage oder auch die actio ad exhibendum [14]) gebraucht werden; auch wohl im Falle des Mit-

12) S. Biener System. process. iudic. Tom. I. §. 131. Not. 6.

13) Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4475. Grolman Theorie des gericht. Verfah. §. 198. S. 408. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 3. B. §. 1270. Anderer Meinung ist jedoch Danz in den Grundſ. des ord. Prozesses §. 315.

14) *L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant. L. 3. §. 14. D. ad Exhib. L. 3. §. 5. D. de tabulis exhib. L. 6. Cod. ad exhib.* Kind Quaest. for. Tom. I, cap. 96. und *Car.* Einert Tr. de actione ad exhibendum. *Lips.* 1816. §. 31.

eigenthums die actio familiae erciscundae [15]) oder communi dividundo [16]).

2) Eben so können Vertragsverhältnisse das Editionsgesuch begründen. Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken.

a) Der Vertrag kann blos um der Urkunde willen geschloßen worden seyn. Z. B. ich habe Jemanden ein Document in Verwahrung, oder zum Pfande gegeben, oder mit Jemand contrahirt, daß er mir eine Urkunde über einen bestimmten Gegenstand ausfertige. Hier bestimmt der Vertrag die Art der Klage.

b) Die Urkunden sind über das Rechtsverhältniß des Producenten, oder der Personen, von denen er als Legatar, oder Ceßionar sein Recht ableitet, errichtet worden. Solche Urkunden werden in Ansehung der Interessenten, als gemeinschaftliche angesehen, und führen schon ihrer Natur nach die Editionsverbindlichkeit mit sich. Dieß ist der Fall bey Bilateralkontracten, bey Handelsbüchern, bey den Rechnungsbüchern der Argentarien [17]), ferner bey Correspondenzen, welche über ein zu Stande gekommenes Geschäft, wie besonders unter Kaufleuten der Fall ist, gegenseitig gewechselt worden sind, u. d. wovon schon an einem andern Orte [18]) gehandelt worden ist. Auch hier kann

15) *L. 5. L. 8. pr. D. Famil. ercisc.*

16) Kossel cit. Diss. §. 6. et 7.

17) *L. 4. L. 6. L. 9. §. 3. D. de edendo.* S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. b. und von Almendingen angef. Abhandl. §. 5. u. §. 6. S. 348. ff.

18) S. §. 1157. S. 20. dieses Theils.

die Klage aus dem Contract gebraucht werden [19]; zuweilen ist eine bloße Imploration hinreichend [20].

In beyden Fällen ist das Recht von Jedem die Urkunden-Edition zu fordern, unbeschränkt, derjenige, von dem sie verlangt wird, sey Parthey, oder ein Dritter, er sey Kläger, oder Beklagter [21].

3) Das Recht, die Edition einer Urkunde zu fordern, kann endlich auch in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze gegründet seyn. Dahin gehört

a) daß jeder der streitenden Theile, ja jeder Dritte, welcher ein gegründetes Interesse bescheinigen kann, die Vorlegung der Gerichts-Acten zu verlangen, befugt ist [22].

b) Kann jeder die Edition der Urkunden fordern, welche er von einem Andern zum Zweck seiner Angelegenheiten hat verfertigen lassen, wenn sie ein Dritter in Händen hat [23].

19) *L.* 9. *pr. D. de edendo.*

20) S. den 4. Th. dieses Commentars S. 40.

21) *Car. Jac.* Manso Diss. sub tit. Reus ab editione instrumentorum non immunis, sed perinde, ac actor, ad eam obligatus est. *Jenae* 1788. von Gönner angef. Motive. 2. B. 2. Abth. S. 427.

22) *L.* 2. *Cod. de edendo.* Impp. Severus et Antoninus. Is, apud quem res agitur, acta publica, tam civilia quam criminalia, exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit.

23) *L.* 3. §. 14. *D. ad Exhibendum.* Ulpianus *lib. XXIV. ad Edictum.* Interdum *aequitas exhibitionis* efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, *in fa-*

c) Nach einer Constitution des Kaisers Justinian, welche Cujaz [24]) aus den Basiliken restituirt, und zuerst griechisch edirt, Leunclavius nachher ins Lateinische übersetzt, und dann Contius, als eine Lex restituta, dem Codex wiedergegeben hat, wo sie sich *L.* 22. *Cod. de fide instrum.* [25]) befindet, soll jeder Besitzer einer Urkunde,

ctum tamen actio detur, ut *Julianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. Ait *Julianus*, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni: quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est, meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri, *in factum* igitur mihi *actionem* competere.

24) Observation. Lib. X. cap. 8.

25) Nach des Leunclavius Uebersetzung lautet sie folgendermaßen: Imp. Iustinianus. Si postuletur ab aliquo in iudicio, ut instrumentum non adversus se ipsum, sed alium quendam producat, quod alteri prosit, idque producere recuset, ut qui damnum inde metuat: verum is, qui exhiberi chartam petit, nequaquam eum laedendum dicat, sed pecuniam ipsum ab illis accepisse, qui per instrumentum exhibendum coarguendi sunt: vult constitutio, *ut is, qui habet instrumentum, id ipsum proferat, siquidem ex illius prolatione nihil ipse damni sensurus sit. Sin reapse detrimentum ei prolatum instrumentum adferat, nequaquam eum cogi ad proferendum debere: cum ei magis expediet, id occultare, quam publicare.* Quod si affirmat is, cui opus est instrumento, nihil ei fraudis ex eo futurum: duntaxat iusiurandum praestet, quod existimando se fidei suae detrimentum pati propter instrumenti exhibitionem, eam ipsam ob cau-

welche zur Entscheidung eines streitigen Rechts beytragen kann, zur Vorlegung derselben auf Verlangen der Par-

sam proferre chartam recuset: et quoniam sibi damno id fore putat, curiosius sacramentum praestet atque dicat, *se non quia pecuniam acceperit*, *vel quid aliud non proferendae chartae causa*, *vel quod muneris promissionem habeat*, *nec metu illius*, *contra quem instrumentum requiratur*, *nec eiusdem amore*, *chartae exhibitionem recusare*, *sed quia magnum ex eo circa facultates suas detrimentum capiet.* Nam quemadmodum is, qui quadam in causa verum scire putatur, invitus quoque testimonium dicere cogitur, neque si pecuniam promissam habet ob non perhibendum testimonium, neque si adversus amicos testimonium dicturus venit, recusare testimonium potest: ita nec is recusare potest, a quo instrumenti exhibitio desideratur, vel propterea quod aliquid acceperit, aut accepturum se speret, vel ob amicitiam cum illo, cui damno futurum est instrumentum. Sed si quis iuret, se instrumentum, quod desideratur, non habere: prorsus id proferre, quod non habet, haud cogitur: sin eiusmodi sacramentum praestare non sustinet, omnino cogitur desideratum instrumentum exhibere: quod si semet occultaverit, quasi qui nec iurare, nec instrumentum edere velit, omne damnum, quod hinc emerget ei, cui opus est instrumento, de suo compenset: iisdem obtinentibus etiam in argentariorum aliorumque brevibus. *Ceterum illi codices*, *vel instrumenta proferre cogantur*, *qui et testimonium dicere adversus aliquem coguntur.* *Nam in quas personas invitus quis testimonium non dicit*, *adversus easdem nec codices*, *vel instrumenta*, *vel quid aliud tale proferre cogitur.* Notissimi sunt autem ex legibus, qui adversus aliquos inviti testimonium dicere

then, welche sich derselben zur Begründung ihres Rechts bedienen will, eben so gut verpflichtet seyn, als ihm, die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnißes obliegen würde, wenn er dazu wäre aufgefordert worden. Nichts soll ihn von dieser Editionsverbindlichkeit befreyen, als wenn er eidlich versichert, daß nicht Feindschaft oder Gunst, nicht Bestechung oder Furcht, sondern nur die Besorgniß, an seinem eignen Vermögen Schaden zu leiden, ihn zur Editionsverweigerung bestimme. Jedoch soll auch in allen den Fällen, in welchen man nicht gezwungen werden kann, wider Jemanden Zeugniß abzulegen, der Urkundenbesitzer mit der Zumuthung, gegen solche Personen Urkunden zu ediren, verschont bleiben. Immer soll übrigens die Edition auf Kosten desjenigen geschehen, der sie verlangt. Ob nun wohl diese Constitution, als eine lex non glossata, auf gerichtliches Ansehen keinen Anspruch machen kann; so behauptet man dennoch, daß sie in der Praxis gelte, weil sie die Analogie von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnißes für sich habe, in näherem Betracht diese Edition die Stelle eines Zeugnißes vertrete, und gleichsam in der Reihe eines stillen Zeugnißes stehe [26]. Möge also auch

non coguntur, sicut et ii, contra quos aliqui testimonium perhibere non coguntur. Nec ulli licet aliter cogere ut exhibeantur instrumenta, nisi eodem in iudicio, in quo causa agitur: idque *sumtibus eius, qui codicis aut instrumentorum exhibitionem fieri desiderat.*

26) Danz Grundſ. des ordentl. Proz. §. 316 b. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4475. Thibaut System des Pand. Rechts. B. 3. §. 1270. von Gönner angef. Motive 2. Band 2. Abth. S. 428. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1129.

immerhin die Constitution ihrer Form nach kein gesetzliches Ansehen haben; materiell sey doch die Sanction derselben gültig, insofern sie aus Prämissen folge, welche ohnehin von der Gesetzgebung anerkannt sind. Wäre freylich jener Grund gegen den dritten Besitzer einer Urkunde durchgreifend; befände sich der Urkundenbesitzer, mit dem zum Zeugnißablegen Aufgeforderten, in gleichem Verhältnisse; so könnte man unbedenklich der Praxis huldigen. Allein daß dieses nicht der Fall sey, daß der zur Edition einer Urkunde Genöthigte oft weit übler daran seyn würde, als derjenige, dem der Gerichtszwang ein Zeugniß abnöthiget, hat Herr von Allmendingen in der angeführten treflichen Abhandlung über Urkundenedition[27]) genügend dargethan. Der Zeuge soll doch nur seine Wissenschaft über das, was er von dem zu beweisenden, einen Dritten betreffenden Factum weiß, eröfnen. Er kann also bey seinen mündlichen Außagen die ihn betreffenden Thatumstände von denen trennen, die das zu beweisende Factum betreffen. Dem Besitzer der Urkunde hingegen steht eine solche Trennung nicht frey. Er muß den Inhalt seiner ganzen Urkunde Preis geben, weil die Urkunde nicht stückweise, sondern vollständig dem Gericht vorgelegt werden muß[28]). Der gegen den letztern zu verhängende Zwang erscheint also offenbar als ein weit härterer und empfindlicherer Eingriff in seine Eigenthumsrechte, als der gegen den Zeugen. Zwar soll der Urkundebesitzer, gegen sich selbst andere zu bewafnen, eben so wenig gezwungen

27) In Grolman's Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts. 1. B. S. 355. ff.

28) *L.* 1. §. 4. *D. de edendo.*

werden, als ein Zeuge zum Zeugnißgeben gegen sich selbst; oder gegen nahe verbundene Personen gezwungen werden soll. Aber auch hier werden beyde nur scheinbar nach einem gleichen Grundsatz behandelt. Bey dem Zeugen zeigt sich's dem Richter, noch ehe er denselben darüber vernimmt, schon aus der blosen Einsicht der Beweisartikel, ob jener Fall hier eintrete oder nicht, der Zeuge darf also nicht erst zur eidlichen Versicherung genöthiget werden, daß er, ohne sich selbst zu schaden, kein Zeugniß ablegen könne. Der Inhalt der Thatumstände, über welche Zeugniß abgelegt werden soll, das bekannte Verhältniß des Zeugen zu den Personen, gegen welche er auftreten soll, entscheiden die Frage gleichsam a priori. Ganz anders ist das Verhältniß beym dritten Besitzer einer Urkunde. Hier mußte das Gesetz die eidliche Versicherung zulaßen, daß derselbe, ohne eigenen bedeutenden Schaden an seinem Vermögen zu besorgen, das Geheimniß seiner Urkunde nicht Preiß geben könne, weil es das Gesetz, ohne in eine Absurdität zu fallen, hier auf die Production der Urkunde selbst nicht ankommen lassen konnte. Aber oft ist es gerade diese Versicherung, welche sein Geheimniß verräth. Oft ist der durch die Edition einer Urkunde für den Besitzer zu besorgende Nachtheil schon dadurch gestiftet, daß man erfährt, die Urkunde sey in seinen Händen. Mein Geheimniß besteht oft darin, daß Niemand weiß, daß ich ein Geheimniß besitze.

4) Dem Fiskus müßen, vermöge eines besondern Vorrechts, auch wenn er Kläger ist, die zur Begründung seines Anspruchs gehörigen Urkunden, von dem Gegner edirt werden, wenn nur die Sache eine Civilsache ist. Nach Mauricians Zeugniß sollten zwar nur dem Delator,

wenn er im Namen des Fiscus auf Einziehung vacanter Erbschaften und caduca klagte, die darauf sich beziehenden Documente von dem Beklagten edirt werden, und dieses war durch ein Senatusconsult verordnet worden [29]. Allein durch ein Rescript der *Divorum Fratrum* ward die allgemeine Regel aufgestellt, daß in jeder den Fiscus betreffenden Sache der Gegner zur Edition der Urkunden verbunden seyn solle, quotiens de iure capiendi, vel de iure dominii, vel de aliqua causa simili, re

29) *L.* 3. *D. de edendo.* Senatus censuit, ne quisquam eorum, a quibus quid fisco petetur, alia instrumenta *delatori* cogatur edere, quam quae ad eam causam pertinerent, ex qua se deferre professus esset. Daß dieses Fragment aus Mauriciani *libro II. de poenis* genommen ist, beweißt noch nicht, daß das gedachte Recht des Fiscus ins röm. Strafrecht, und nicht ins Privatrecht gehört habe. Denn die delatores, von denen hier die Rede ist, sind keine peinlichen Ankläger, sondern diejenigen, welche bona vacantia und caduca dem Fiskus anzeigten, und im Namen des Fiskus von den Inhabern derselben einklagten. wie schon Voet in Comm. ad Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 18. bemerkt hat. Daß Maurician in seinen Büchern de poenis hiervon gehandelt hat, ist wohl sehr begreiflich. Den Delatoren waren zwar Belohnungen ausgesetzt, um sie ad caduca deferenda zu reitzen, welche Nero bis auf den vierten Theil herabgesetzt hatte. Suetonius in *Nerone* Cap. 10. Davon erhielten sie den Namen *Quadruplatores.* Julius Capitolinus in *M. Anton. Pio.* Cap. 7. Sie wurden aber auch hart bestraft, wenn sie fälschlich Unschuldige angegeben hatten. Suetonius *in Tito.* Cap. 8. *L.* 15. *pr. et* §. 1. *D. de iure fisci.* Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Commentar. Lib. III. Cap. 10. pag. 443. sqq.

nummaria quaeratur. Nur in causa capitali sollte dieses nicht gelten, wie uns Callistratus [30] lehrt. Justinian konnte daher immerhin die Lex caducaria aufheben, und das Recht des Fiscus im Betreff der Urkundenedition dennoch gültig bleiben [31]. Aber offenbar widerrechtlich ist es, wenn dieses Vorrecht des Fiscus von einigen Practikern [32] auf die Kirchen ausgedehnt werden wollen, wie schon Böhmer [33] gezeigt hat, welcher aber auch darin zu weit geht, daß er es auf Ehesachen ausdehnt [34]. Der Grund, daß der Richter in solchen Sachen ungebundener sey, und mehr der Billigkeit folgen könne, als an das strenge Recht gebunden sey, wird wenigstens, bey dem Mangel eines Gesetzes, Niemanden überzeugen. Endlich

5) ist der Kläger verbunden, dem Beklagten alle Urkunden zu ediren, welche den Beweis seiner Einreden betreffen. Die Gesetze lassen hierüber keinen Zweifel übrig. Denn so verordnet der Kaiser Alexander

L. 5. Cod. de edendo. Non est novum, eum, *a quo petitur pecunia*, implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit.

Und ebenderselbe

30 *L.* 2. §. 2. *D. de iure fisci.*

31) S. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. XX. Cap. 44. (edit. splendidiss. *Bruxellis* 1746. fol.) Tom. IV. P. I. pag. 58.

32) Mevius Tom. I. P. V. Decis. 317. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXXVIII. Cor. 3.

33) Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. XXII. §. 14. Thibaut Syst. des Pand. R. 3. Th. §. 1270.

34) Boehmer ist hier der Meinung des Berger Elect. processus matrimon. §. 38. beygetreten.

L. 6. Cod. eod. Iustum est desiderium eius, *a quo pecunia petitur*, licet nomine publico, ut rationibus publicis exhibitis constet, quantum sub nomine suo solutum sit.

L. 8. Cod. eodem. Et quae a D. *Antonino* patre meo, et quae a me rescripta sunt, cum iuris et aequitatis rationibus congruunt. Nec enim diversa sunt, vel discrepantia, quod multum intersit, an ex parte eius, qui aliquid petit, quique doli exceptione submoveri ab intentione petitionis suae potest, rationes promi Reus desideret, *quibus se posse instruere contendit*, quod utique ipsa rei aequitas suadet: an vero ab eo, a quo aliquid petitur, Actor desideret rationes exhiberi: *quando hoc casu non oportet originem petitionis ex instrumentis eius, qui convenitur, fundari.*

Aus der Vergleichung dieser Gesetzstellen erhellet klar, daß hier nicht von der editio instrumentorum die Rede sey, welche der Beklagte nach der alten Römischen Gerichtsordnung gleich bey der editio actionis verlangen konnte. Denn diese Urkunden betrafen den Beweis der Klage, und durch die Edition derselben sollte der Beklagte blos in den Stand gesetzt werden, bey sich zu überlegen, ob er sich mit dem Kläger in einen Prozeß einlassen, oder denselben ohne Prozeß befriedigen wolle. Von dieser Edition ist an einen andern Orte [35]) gehandelt worden. Daß diese Edition sich blos auf die Beweisführung des Klägers bezog, erhellet ganz deutlich aus der Stelle Ulpians *L. 1. §. 3. D. de edendo:* Edenda sunt omnia, quae quis apud

35) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. S. 34.

iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, *quibus quis usurus non est*, compellatur edere. Aus eben dem Grunde konnte denn auch der Kläger von dem Beklagten verlangen, daß er ihm die zur Begründung der vorgeschützten Exceptionen in den Händen habenden Beweisurkunden vorlege, um sich darnach bestimmen zu können, ob es nicht vielleicht rathsamer sey, von der Klage abzustehen. Es ließ sich dieses auch um so mehr rechtfertigen, weil der Beklagte, in Beziehung auf die demselben obliegende Beweisführung, nach der Regel: reus excipiendo fit actor [36]), mit dem Kläger, wie auch Voet [37]) ganz richtig bemerkt hat, auf gleicher Linie steht. Von dem allen ist nun hier nicht die Rede. Die angeführten Gesetzstellen aus dem Codex reden vielmehr von den Documenten, deren Edition der Beklagte von dem Kläger zum Beweise seiner Einreden, oder, mit andern Worten, zur Begründung seiner Vertheidigung wider den Kläger verlangen kann [38]). Das Verhältniß zwischen dem Kläger

36) *L.* 1. *D. de exception.* Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: *nam reus in exceptione actor est.* Diese Stelle ist aus eben dem *libro IV.* Ulpiani *ad Edictum* genommen, aus welchem auch die *L.* 1. *D. de edendo* entlehnt ist; zum deutlichen Beweise, daß nach Ulpians Auslegung dasjenige, was wegen der Edition der Klage und deren Beweismittel in dem Edict geschrieben stand, aus gleichem Grunde auch von dem Beklagten galt, wenn er der Klage eine in facto beruhende Exception entgegensetzte, wie *Hugo* Donellus in Commentariis iuris civ. Lib. XXIII. Cap. 7. mit der ihm eignen Gründlichkeit gezeigt hat.

37) Commentar. in Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 18.

38) Anderer Meinung ist jedoch *Barth.* Chesius Interpre-

und dem Beklagten ist hier, wie Kaiser Alexander zeigt, nicht von gleicher Art. Sehr treffend wieß daher sein Vater Antoninus Pius den Kläger Aemilius, welcher von seiner Gegnerin die Vorlegung ihrer rationum domesticarum verlangte, mit seinem Gesuche zurück, indem er ihm zur Resolution ertheilte [39]: Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam te deposuisse dicis, *deberi tibi probes.* Der Grund dieser Verschiedenheit ist vielleicht darin zu setzen. Der Kläger hat es in seiner Gewalt, ob er klagen will oder nicht; er muß sich also auch in Zeiten um die Beweismittel bekümmern, wodurch er seine Klage begründen will [40], und kann sich nicht den Beweis durch Urkunden verschaffen, welche das Eigenthum des Beklagten sind; der Beklagte hingegen kann dem Prozeß nicht ausweichen. Er wird daher, als der angegriffene Theil, auch mehr begünstiget, als der Kläger [41]. Deswegen halten es die Gesetze für billig, ihm die Urkunden auszuhändigen, die zu seiner Vertheidigung dienen, und betrachten die Vorenthaltung derselben als einen Dolus [42]. Kann hingegen der Kläger nicht beweisen, so muß er abgewiesen werden, wie derselbe Kaiser Antonin *L. 4. Cod. eodem* rescribirt.

tation. iuris Lib. I. cap. 38. pag. 160. sqq. (*Liburni* 1657. f.)

39) *L. 1. Cod. de edendo.*

40) *L. 42. D. de reg. iur.*

41) *L. 125. D. eodem.*

42) *Jo. Dom.* Martucius Variar. Explanationum iuris. Lib. I. cap. 26. glaubt, die Gesetze hätten bey dem Unterschiede zwischen dem Kläger und dem Beklagten das Absehen gehabt, ut finem litibus imponerent.

Qui accusare [43]) volunt, probationes habere debent: cum neque iuris neque aequitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. *Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit.*

Nach den angeführten Gesetzen kann also der Kläger von dem Beklagten die Edition der Urkunden nicht verlangen, wodurch er seine Klage begründen will. Fast allgemein wird jedoch behauptet, daß der Beklagte alsdann zur Edition verbunden sey, wenn der Kläger dieselbe verlangt, um den Einreden des Beklagten begegnen zu können [44]). In den Gesetzen ist jedoch diese Ausnahme nicht gegründet. Zwar ist die Replik, wie Ulpian [45]) sagt, nichts anders, als eine Exception, wodurch der Kläger die Einrede des Beklagten zu entkräften sucht; allein daß er deswegen eben so, wie der Beklagte, zu begünstigen sey, wird nirgends gesagt, und kann auch nicht seyn, weil er ja durch die Vernichtung der Einreden des Beklagten blos seine Klage zu begründen sucht, mithin die Documente von dem Beklag-

43) Das Wort *accusare* wird hier im uneigentlichen Sinn für klagen, agere, genommen, wie es öfters gebraucht wird. S. Brissonius de Verbor. iur. Significat. voc. *Accusare.* num. 3.

44) Voet Comm. ad Pand. c. l. §. 18. Stryk Us. mod. Pand. Lib. II. Tit. 13. §. 18. Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 318. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4474. Günther Princip. iuris Rom. priv. noviss. Tom. II. §. 1229. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 3. B. §. 1270.

45) *L. 2. §. 1. D. de except.*

ten in der That zur Begründung seiner Klage verlangen würde [46].

Nach dem Canonischen Recht soll auch der Beklagte, wenn er wegen des Zinswuchers in Anspruch genommen worden ist, mittelst der censura ecclesiastica seine Rechnungsbücher vorzulegen genöthiget werden. Die Verordnung des Pabst Clemens *V. Cap. un.* §. 1. *Lib. V. Tit.* 5. *Clementinar. de Usuris* lautet folgendermaßen:

> Ceterum, quia foeneratores sic ut plurimum contractus usurarios occulte ineunt et dolose, quod vix convinci possunt de usuraria pravitate: *ad exhibendum, cum de usuris agetur, suarum codices rationum, censura ipsos decernimus ecclesiastica compellendos.*

Da die deutschen Reichsgesetze [47] jede Obrigkeit anweisen, über die Abstellung alles wucherlichen Handels unter Androhung einer namhaften Geldstrafe, wenn sie hierin mit Wissen säumig erfunden würde, von Amtswegen zu halten; so läßt sich wohl an der heutigen Anwendbarkeit dieser päbstlichen Verordnung nicht zweifeln, mag auch immerhin der Haß des kanonischen Rechts gegen die Zinsen dieselbe veranlaßt haben. Daß freylich an die Stelle der censura ecclesiastica der geistlichen Gerichte jetzt andere Zwangsmittel treten müssen, versteht sich von selbst [48].

46) S. Kossel Diss. de causis obligationis ad edenda instrumenta. §. 16. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 6. B. Erört. XIX.

47) Reichs-Polic. Ord. vom J. 1577. Tit. 17. §. 8.

48) S. Car. Leop. Goldschmidt's Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozeße Nr. VII. §. 3. u. 4. Danz Grundſ. des ord. Prozeßes §. 318. Thibaut Syst. des Pand. R. §. 1270.

Uebrigens geht Hellfeld wohl offenbar zu weit, wenn er dem Richter erlauben will, dem Beklagten sogar von Amtswegen die Herausgabe der in Händen habenden Urkunden aufzulegen, wenn der Prozeß anders keinen Ausgang gewinnen kann. Es beruhet auch auf einem offenbaren Mißverstande der *L. 1. Cod.* de edendo, wenn Leyser [49]) bey der Edition der Urkunden alles dem richterlichen Ermessen anheim stellen will [50]).

§. 1172.

Verfahren bey dem Editionsgesuche der Urkunden. Editionseid.

Wer nun Edition der Urkunden verlangt, muß 1) zeigen, daß einer von den angeführten rechtlichen Gründen vorhanden sey, denn darin beruhet sein Interesse. Er muß auch 2) beweisen, daß derjenige, von welchem er die Edition der Urkunden verlangt, dieselben wirklich besitze, und kann sich deshalb gegen denjenigen, welcher solche zu besitzen verneinet, der Eidesdelation bedienen [51]). Man nennt diesen Eid den Editionseid, welcher dahin geht, daß der Schwörende die von ihm verlangten Urkunden weder besitze, noch auch solche böslicher Weise zu besitzen aufgehört habe [52]). Dieser Eid hat ganz die Natur eines

49) Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXXVIII. Medit. 1.

50) S. Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XXIII. Cap. 7.

51) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XXXVIII. medit. 3. Mevius T. II. P. VII. Obs. 280.

52) Mehrere dehnen den Eid noch dahin aus, daß der Schwörende auch nicht wisse, wer sonst die geforderte Urkunde in Händen habe, und wo sie sich befinde. S. *de* Cramer Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 130.

angetragenen Eides; man behauptet zwar gewöhnlich, daß er von der Natur desselben darin abweiche, daß er weder zurückgegeben, noch durch eine Gewissensvertretung umgangen werden könne [53]. Allein zu dieser Abweichung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Führt derjenige, von welchem die Edition verlangt wird, Umstände an, weswegen er die Urkunde nicht besitze, welche dem Producenten eben so gut bekannt sind; so ist nicht abzusehen, warum der Eid nicht sollte zurückgeschoben werden können, oder warum die Gewissensvertretung durch Beweis nicht Statt finden sollte [54]. Der Eid für Gefährde wurde denn aber nur in dem Falle nöthig seyn, wenn das Interesse des Imploranten nicht schon vorher außer Zweifel wäre gesetzt worden. Diejenigen hingegen verwerfen ihn ganz, welche den Editionseid für einen gesetzlichen Eid halten, den der Richter auflegt [55]. Dieß würde aber nur denn der Fall seyn, wenn der die Edition Verlangende solche Gründe beygebracht hätte, welche es wahrscheinlich machen, daß derjenige, von welchem er die Edition verlangt, die Urkunde besitze [56].

Nettelbladt Vers. einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 758. und Schneider Lehre vom rechtl. Beweise. §. 289.

53) Schaumburg Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. III. Cap. 3. §. 6. Not. Danz Grunds. des ord. Prozeßes. §. 315. u. 319.

54) S. Malblanc Doctrina de iureiurando. §. 47. nr. 5. und Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 198. S. 409.

55) Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 281.

56) Schaumburg cit. loc. §. 5.

Wäre jedoch irgendwo die Verordnung der *L. 22. Cod. de fide instrum.* geltend, oder wäre in irgend einer Prozeßordnung der Grundsatz sanctionirt, daß von einem jeden Dritten die Edition einer ihm allein gehörenden Urkunde in einem solchen Falle gefordert werden könne, wo gegen denselben ein Zwang zum Zeugnißablegen Statt findet; so würde es jetzt noch einen andern Editionseid geben, wodurch der Dritte, von dem die Edition verlangt worden ist, beschwört, daß er die Urkunde ohne eignen Nachtheil nicht ediren könne [57].

§. 1173.

Zwangsmittel gegen den die Edition Verweigernden.

Verweigert der Edent die Herausgabe der Urkunde, so ist der Ungehorsame entweder ein Dritter oder die Gegenparthey. Jener wird mit Strafen bedrohet, welche dann auch bey fortdauerndem Ungehorsam vollzogen werden können. Er kann auch, wenn diese fruchtlos bleiben sollten, zur Schadloshaltung verurtheilt werden, so wie der Implorant solche durch seinen Eid bestimmt [58]. Ist hingegen einer der streitenden Theile ungehorsam, so wird, wenn der Beweisführer bloß Abschriften beygebracht hat, nach vorausgegangener Verwahrung erkannt, daß die Urkunden für edirt und anerkannt zu achten.

57) Grolman a. a. O. Not. a. und v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren in bürg. Rechtssachen 1. B. 2. Buch Kap. 6. §. 1. und Desselben Motive. 2. B. 2. Abth. S. 428.

58) Nettelbladt Anleitung zur pract. Rechtsgelahrtheit. §. 758.

Sind aber nicht einmal Copien inducirt, so kann, praevia comminatione, erkannt werden, daß die Artikel, bey welchen die Urkunden als Beweismittel angegeben worden, für eingeräumt zu halten [59].

59) *L.* 2. §. 1. *L.* 10. *D. de in litem iur.* Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 319.

Lib. XXII. Tit. V.

De Testibus.

§. 1174.

Begriff von Zeugen.

Zeugen (Testes) sind Personen, welche entweder dazu ernannt sind, um in Rücksicht einer Thatsache, von welcher die Entscheidung eines Rechtsstreits abhängt, auszusagen, was sie von jener, als factisches Verhältniß, oder Ereigniß, mit ihren äußern physischen Sinnen wahrgenommen haben [60], oder dazu erfordert werden, um von einem gewißen Vorgange Wissenschaft zu erhalten, und zugleich durch ihre Gegenwart einem Geschäfte die gesetzliche Form und Gültigkeit zu geben [61]. Der Begriff, den Hellfeld giebt: *Testes* sunt

60) So sagt Pabst Calixtus in Gratian's Decret *can.* 15. *Caus. III. Qu.* 9. Testes praesentes de his, quae noverunt et viderunt, veraciter testimonium dicant. Nec de aliis causis vel negotiis dicant testimonium, nisi de his, quae sub praesentia eorum acta esse noscuntur.

61) *L.* 11. *Cod. Qui potiores in pignore. L.* 23. *Cod. ad SCtum Vellejan.* Die Gesetze brauchen die Ausdrücke *testari*, *testato* aliquid facere, und *testatio*, wenn eine Handlung in Gegenwart von Zeugen vorgenommen wird. *L.* 22. *D. h. t. L.* 8. §. 8. *D.*

personae ad fidem super veritate rei faciendam *idoneae*, steht mit seiner, gleich im folgenden §. gegebenen, Eintheilung der Zeugen, daß sie entweder inhabiles, oder suspecti oder classici sind, im offenbaren Widerspruche. Soll freylich durch dieses Beweismittel Ueberzeugung des Richters bewirkt werden, so müssen die Zeugen classisch seyn, d. i. es muß ihren Aussagen Glauben beyzumessen seyn. Dieß ist auch der Gesichtspunct, aus welchem der römische Jurist Aurelius Arcadius Charisius [62], der ein ganzes Buch von Zeugen geschrieben hat, in der daraus entlehnten *L. 1. D. h. t.* dieses Beweismittel betrachtet, wenn er sagt:

Testimoniorum usus frequens ac necessarius est, et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat.

Zwar kann hier der Ausdruck testimonia nicht mit Gerhard Noodt [63]) durch Zeugen erklärt werden, weil

Mandati. L. 1. §. 3. D. de peric. et comm. rei vend. L. 1. D. Quod iussu. L. 122. §. 3. D. de Verb. Oblig. L. 238. §. 1. D. eodem. L. 4. D. de fide instrum. L. 7. pr. D. de sponsal. L. 5. §. ult. D. de admin. et peric. tuto. S. *Herm.* Oosterdyk Disp. ad Fragmenta, quae ex *Venuleji Saturnini* libris de officio Proconsulis supersunt. Cap. III. §. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. pag. 495. sqq.) und Schrader ad h. Tit. pag. 72. Not. z.

62) S. *Christ.* Rau Diss. de Aurelio Acadio Charisio vetere ICto. *Lipsiae* 1773.

63) Commentar ad Dig. h. t. Princ. pag. 479.

die folgenden Worte *ab his* dazu nicht passen, als welche erst das Subject bezeichnen, dessen Zeugniß vor Gericht erfordert wird [64]. Eben so wenig können aber auch die testimonia gerade von schriftlichen Zeugnissen verstanden werden, wovon sie Salmasius [65]) erklären will. Denn da Hadrian [66]) dergleichen schriftliche Privatzeugnisse aus den Gerichten verband wissen will, und ihnen alle Beweiskraft abspricht, dagegen aber die Gegenwart der Zeugen, und deren Abhörung vor Gericht zur unerläßlichen Be-

64) S. SCHRADER ad h. Tit. Dig. pag. 20. Not. c.

65) Ad ius Atticum et Rom. Cap. 30. pag. 779. Testimonia werden zwar freylich in dieser Bedeutung von Testes unterschieden, wie ich schon oben §. 1157. S. 5. bemerkt habe, und noch mehrere Belege dazu giebt *Gisbert* KOEN in Diss. crit. iur. ad loca quaedam iuris et alia depravata. *Franequ.* 1758. Cap. I. (in *Ger.* OELRICHS Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar. Vol. I. Tom. III. pag. 5. sqq.) Allein daß das Wort *Testimonium* eine ausgedehntere Bedeutung hat, lehrt uns QUINCTILIAN. *Institut. Orator.* Lib. V. Cap. 7. wo er sagt: Testimonia dicuntur aut *per tabulas*, aut *a praesentibus.* Nach SUIDAS Tom. II. p. 504. nannte man die Testimonia testium praesentium *μαρτυρίαι*, und die Testimonia absentium testium scriptis comprehensa *ἐκμαρτυρίαι.* Auf diesen Unterschied bezieht sich auch die Stelle des HELIODORUS *Aethiop.* Lib. X. pag. 489. *Πᾶσα δίκη καὶ κρίσις, ὦ βασιλεῦ, δύο τὰς μεγίστας ἀποδείξεις οἶδε, τάς τε ἐγγράφους πίστεις, καὶ τὰς ἐκ τῶν μαρτύρων βεβαιώσεις*: i. e. *omnis causa iudiciumque duas maxime habet probationes, Tabulas, quibus absentium inscripta sunt testimonia, ac praesentium testium adfirmationes.*

66) *L.* 3. §. 3. *D. h. t.*

dingung macht [67]), wie konnten sie dennoch von Seiten des Nutzens und der Nothwendigkeit empfohlen werden? Das Wort *testimonium* wird also hier in seiner eigentlichen Bedeutung für diejenige Handlung genommen, da der Zeuge seine Wissenschaft über ein factisches Verhältniß mündlich eröffnet [68]). Solche Zeugnisse müssen nur eine getreue Darstellung der streitigen Thatsache enthalten, so wie sie die Zeugen aus eigner Erfahrung wissen, und da-

67) Nämlich wenn deren Stellung und Abhörung vor Gericht leicht möglich war. Wo nicht, so pflegte man auch Testimonia scripta zu recitiren. Dieß war z. B. der Fall, wenn eine ganze Stadt, ein Municipium ein öffentliches Zeugniß zum Lobe oder zum Tadel einer gewissen öffentlichen Person durch Legaten nach Rom schickte, wovon die Reden des Cicero mehrere Beyspiele enthalten. Z. B. die *in Verrem* Lib. II. cap. 46. 64. et 67. et III. cap. 31. ferner die *Oratio pro Flacco* cap. 16. et sq. *pro Archia Poeta.* Cap. 4. Daher die bey den lateinischen und griechischen Rednern häufigen Formeln: *Recita testimonium*, *recita tabulas.* *Λέγε μοι τὴν μαρτυρίαν.* S. B. Brissonius de formulis et solemn. Pop. Rom. verbis. Lib. V. cap. 209. Hierauf bezieht sich vielleicht das Rescript des Kaisers Hadrian *L.* 5. §. 4. *D. h. t.* wo er sagt; *alia est auctoritas praesentium testium*, *alia testimoniorum*, *quae recitari solent:* tecum ergo delibera (nämlich *Gabinius Maximus*, an welchen dieses Rescript gerichtet ist, vermuthlich eine der streitenden Partheyen) ut si retinere eos velis, des eis impendia. S. *Gisb.* Koen cit. Diss. ad loca quaedam iuris et alia depravata. Cap. I. (in Oelrichs *Thes.* cit. Vol. I. Tom. III. pag. 5.)

68) S. *B.* Voorda ad *Jani a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. titulos locaq. sel. iur. civ. pag. 261.

her von solchen Personen gegeben werden, deren Glaubwürdigkeit keinem Zweifel unterworfen ist [69]. Denn Zeugnisse sind Abbildungen, sagt Tevenar [70] sehr treffend, welche Personen, die das Geschäft oder der Streit eigentlich nicht angeht, von einer Begebenheit, oder von der Beschaffenheit einer Sache machen, die sie erfahren haben. Die Personen, welche diese Abbildungen machen, werden Zeugen genennt, und sind gleichsam ein Spiegel, worin wir vergangene Handlungen und Begebenheiten sehen.

Die Zeugen sind nun entweder bloße Beweiszeugen, welche auch gerichtliche Zeugen genennt zu werden pflegen, oder es sind Instruments- und Solennitätszeugen, deren Gegenwart nicht blos zum Beweise, sondern auch zur Form gewisser Geschäfte von den Gesetzen erfordert wird. Beyde Arten von Zeugen sind auf mancherley Art von einander unterschieden [71].

1) Instruments- und Solennitäts-Zeugen werden bey Errichtung eines Rechtsgeschäfts zu dem Zweck hinzugezogen, daß sie wissen sollen, was vorgeht, um nicht nur durch ihr Zeugniß dem Geschäft Glauben, sondern auch demselben durch ihre Gegenwart die gesetzliche Form

69) Die Leseart *exigendas* in Beziehung auf usus hat keinen rechten Sinn. SCHRADER l. c. not. e. pag. 21. will daher lieber *exigenda sunt* lesen.

70) Theorie der Beweise im Civilprozeß. 2. Abschn. 4. Kap. S. 138. nach der neuen Auflage von Jury.

71) *Christ. Ferd.* Harpprecht Conclusion. pract. de differentia testimonii iudiciarii et instrumentarii. *Tüb.* 1751.

zu verschaffen. Allein bloße gerichtliche Beweiszeugen werden zu dem Ende ernannt, um von ihnen zu erfahren, ob und was sie von dem streitigen Factum wissen.

2) Solennitäts-Zeugen müssen zur Beywohnung des Geschäfts erbeten seyn [72]). Ein Zwang findet bey ihnen so wenig Statt, daß sogar deshalb das Geschäft ungültig ist [73]). Die gerichtlichen Beweiszeugen aber brauchen nur ernannt zu werden [74]), und dürfen die Ablegung eines Zeugnisses in der Sache nicht verweigern [75]).

3) Als Beweiszeugen gelten auch Frauenspersonen, und solche, welche gerichtlich erklärte Verschwender sind, aber nicht als Instruments- und Solennitätszeugen [76]).

72) *L.* 21. §. 2. *D. Qui testam. fac. poss. Nov. XC. cap.* 2. S. *Em.* Merillius Observat. Lib. VIII. cap. 37.

73) *L.* 20. §. 10. *D. eodem.*

74) *L.* 11. *D. h. t.* Ad fidem rei gestae faciendam etiam *non rogatus* testis intelligitur. S. Schrader ad h. Tit. Dig. pag. 52. Not. a.

75) Vid. *L.* 16. *Cod. h. t. et Tit. Decretal. de testibus cogendis.* II. 21.

76) §. 6. *I. de testam. ord. L.* 18. *pr. L.* 20. §. 6. *D. Qui testam. fac. poss.* S. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Decad. C. Th. 2. 3. et 4. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. B. 3. Betracht. Die Verordnung des Canon. Rechts *Can.* 17. *et* 19. *C. XXXIII. Qu.* 5. *Cap.* 10. *X. de Verbor. Signif.* wird jetzt nicht mehr berücksichtiget. S. dieses Commentars 1. Th. §. 78. S. 410.

4) Die Beweiszeugen müssen vereidiget werden, wenn man ihrer Aussage Glauben im Gericht beylegen soll [77]. Bey Instrumentszeugen ist dieses gewöhnlich der Fall nicht, so lange nicht über die Aechtheit der Urkunde, die sie unterschrieben haben, Zweifel entsteht [78].

5) Die Solennitätszeugen können oft einen sehr nahen Antheil an dem Geschäft haben, bey welchem sie hinzugezogen werden, wie z. B. der Legatar als Testamentszeuge [79]; überhaupt können hier manche als Zeugen gelten, welche als Beweiszeugen nicht zuläßig sind [80], z. B. der emancipirte Sohn beym Testament seines Vaters.

6) Gerichtliche Beweiszeugen müßen zu der Zeit tüchtig seyn, da sie vor Gericht Zeugniß ablegen sollen [81]. Allein bey Instruments- und Solennitätszeugen beurtheilt man die Tüchtigkeit derselben nach der Zeit, da das Geschäft vorgenommen wurde; waren sie damals tüchtig, so schadet eine nachher eingetretene Unfähigkeit derselben nichts [82].

77) *L.* 9. *C. de Testib. Cap.* 51. §. 5. *et cap.* 23. *X. eod. Jac.* Cujacius Commentar. ad h. Tit. *Oper.* Tomi IV. P. I. pag. 926.

78) S Harpprecht Dissert. cit. Concl. VII.

79) §. 11. *I. de testam. ord. L.* 20. *pr. D. Qui test. fac. poss.*

80) Harpprecht cit. Diss. Concl. XIV — XVI.

81) *L.* 3. §. 5. *D. de Carbon. Edicto. L.* 11. *Cod. de Testib. Cap.* 10. *X. de Verb. Signif.* Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11.

82) *L.* 22. §. 1. *D. Qui testam. fac. poss.* Conditionem testium tunc inspicere debemus, *cum signarent*, non mortis tempore. Si igitur tunc, *cum signarent*, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit.

7) Als Beweiszeugen genügen gewöhnlich schon zwey [83]. Allein zur Form eines Geschäfts werden gewöhnlich mehr, als zwey Zeugen erfordert [84].

Endlich

8) gerichtliche Beweiszeugen müßen vernommen werden. Allein Instrumentszeugen legen schon durch ihre Unterschrift ein Zeugniß ab [85]. Es braucht also nur diese recognoscirt, oder deren Aechtheit erwiesen zu werden [86].

§. 1175.

Verschiedenheit der Zeugen in Rücksicht ihrer Glaubwürdigkeit. Woraus ist letztere zu beurtheilen?

Soll durch Zeugen eine Ueberzeugung des Richters bewirkt werden, so müßen die Zeugen nicht nur persönliche Glaubwürdigkeit verdienen, sondern ihre Außagen müssen auch genügend ausfallen. Das erste Erforderniß hängt theils von ihrer Fähigkeit, die Wahrheit zu vernehmen, ab, theils von ihrem guten Willen, die gemachte Wahrnehmung unverfälscht wieder mitzutheilen und auszusagen. Die Fähigkeit eines Zeugen setzt voraus, daß er gesunde Sin-

83) *L.* 12. *D. h. t.* Ubi numerus testium non adjicitur, etiam DUO sufficient.

84) *L.* 17. *Cod. Si certum petatur. L.* 20. *C. de fide instrum. L.* 11. *Cod. Qui potior. in pignore. Nov. LXXIII. Cap.* 2.

85) *L.* 17. *Cod. Si certum petat.* wo gesagt wird: chirographum per testium subscriptiones testimonium capere; und *L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo* werden die Unterschriften der Testamentszeugen depositiones testium genannt.

86) S. Meine Opuscula iurid. Fasc. I. p. 78. sqq.

nen habe, um richtig wahrnehmen zu können, und auch sein Gedächtniß getreu sey, um das Empfundene auf Erfordern ordentlich und mit allen Umständen zu reproduciren. Um aber den guten Willen eines Zeugen, welchen man seine moralische Fähigkeit, im Gegensatz jener physischen, nennen kann, richtig zu beurtheilen, kommt es theils auf den moralischen Character des Zeugen an, so weit man solchen aus seinen vorherigen Verhältnißen und Handlungen kennt, theils auf das persönliche Verhältniß, in welchem der Zeuge mit demjenigen steht, für oder gegen welchen er aussagt, theils auf sein Verhältniß gegen die Sache, worüber er zeuget, wobey denn der individuelle Vortheil in Betrachtung kommt, welchen ihm etwa sein Zeugniß verschaffen könnte [87]. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 2. h. t. Modestinus *libro VIII. Regularum.* In testimoniis [88] autem *dignitas*, *fides*, *mores*, *gravitas* [89] examinanda est: et ideo testes, qui

87) von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Abschnitt §. 2 — 5. und *Eb. Christph.* Canz Tr. de probabilitate iuridica. §. 130. sqq.

88) Cod. Erl. lieset zwar in testibus. Eben so Chevallon, Merlin und Baudoza. Allein die florentinische Leseart, welche auch Haloander, Hugo a Porta, Miräus, Russard und Charondas haben, verdient unstreitig den Vorzug. Sie wird auch durch das Zeugniß des Scholiasten Tom. II. Basilicor. pag. 538. bestärkt. In den Basiliken selbst aber p. 511. heißt es: *ἐπὶ τῶν μαρτύρων. in testibus.*

89) *Gravitas* ist hier so viel, als constantia, Festigkeit, Standhaftigkeit, und steht der Leichtsinnigkeit gegenüber, welche Cicero *in Orat. pro Flacco* Cap. 4. et 5. den

adversus fidem suae [90]) testationis vacillant [91]), audiendi non sunt.

L. 3. CALLISTRATUS *libro IV. de Cognitionibus.* Testium *fides* diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt [92]) in primis

griechischen Zeugen zum Vorwurf macht. S. CUJACIUS Comm. ad h. Tit. *Oper.* T. IV. P. I. pag. 926.

90) TAURELLIUS, dem auch RUSSARD, CHARONDAS, *Hugo a* PORTA, GOTHOFREDUS und GEBAUER gefolgt sind, liest *suam.* Allein die Leseart *suae*, welche Haloander, Chevallon, Miräus, Merlin, und Baudoza haben, ist vorzuziehen. Diese Leseart wird auch durch die *Basilica* T. II. pag. 512. unterstützt, wo es heißt: διόπερ οὐκ ἀκούονται, οἱ ἐναντιούμενοι τοῖς ἐν, ἐκμαρτυρίῳ αὐτῶν εἰρημένοις. i. e. *et ideo non audiuntur, qui contria dicunt iis, quae in testatione sua continentur.* Cod. Erl. hat ebenfalls *suae* testationis. S. SCHRADER pag. 24. not. q.

91) *Desid.* HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate. Lib. I. cap. 6. (in OTTON. Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 1105.) versteht diese Worte von einem Instruments-Zeugen, welcher gegen seine eigene Unterschrift, contra signum wie Modestin *L.* 17. §. 1. *D. de Lege Cornel. de fals.* sagt, ein falsch Zeugniß ablegt.

92) So lesen TAURELLIUS, und alle alte Ausgaben, welche ich verglichen habe. Mit dieser Leseart stimmt auch unser Cod. Erl. überein. Dem Zusammenhange der Worte scheint nun freylich die Leseart exploranda *erit* mehr zu entsprechen, welcher SCHRADER p. 24. aus einem Stuttgarter Codex den Vorzug giebt. Ich trage indessen Bedenken, um dieses einzigen Codex willen, die mit allen übrigen Codd. und allen alten Ausgaben überein- stimmende gemeine Leseart zu ändern, da Callistratus

conditio cuiusque: utrum quis decurio, an [93]) plebeius sit, et an honestae et inculpatae vitae, an vero notatus quis et reprehensibilis [94]); an locuples, vel egenus [95]) sit, ut lucri causa quid facile admittat; vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei, pro quo testimonium dat: nam si careat suspicione testimonium vel propter personam, a qua fertur, quod honesta sit; vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiae neque inimicitiae causa fiat: admittendus est. — §. 1. Ideoque *Divus* Hadrianus Vivio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit, eum, qui iudicat, magis posse scire, quanta fides adhibenda sit testibus. Verba epistolae haec sunt: *tu*

wohl unstreitig wegen der von ihm angeführten mancherley Verhältnisse, welche bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu berücksichtigen sind, den Pluralis absichtlich gesetzt hat.

93) Schrader lieset aut.

94) Das Wort notatus scheint auf die wahre Infamie, die man iuris nennt, der Ausdruck reprehensibilis aber auf die sogenannte infamia facti hinzudeuten. Schrader pag. 25. not. u.

95) Taurellius hat egens. Allein die meisten Handschriften so wie auch unser Cod. Erl. haben *egenus*. Unter den Ausgaben aber nur *Chevallon*. Die übrigen, Haloander, Hugo a Porta, Miräus, Russard, Charondas, Merlin und Baudoza haben egens. Der erstern Leseart giebt Schrader p. 25. den Vorzug. Ueber den Einfluß der Armuth auf Treue und Redlichkeit der Zeugen s. Cujac Comm. ad h. Tit. und Finestres Hermogenian. pag. 970 — 972.

magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus: qui et cuius dignitatis, et cuius existimationis sint; et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatum sermonem attulerint [96]), *an ad ea, quae interrogaveras* [97]), *ex tempore verisimilia responderint.*

Steht nun also einem Zeugen, nach den hier angegebenen Eigenschaften und Verhältnissen, worauf der Richter bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit desselben zu sehen hat, weder in Rücksicht der Fähigkeit, die Wahrnehmung des bestrittenen Thatumstandes richtig aufgefaßt zu haben, noch in Rücksicht des Willens, dieselbe unverfälscht mitzutheilen, ein Zweifel entgegen; so wird er ein völlig glaubwürdiger Zeuge, *Testis classicus, Testis omni exceptione maior* genennt, Fehlt es hingegen

96) In den Scholien der Basiliken Tom. II. pag. 559. lit. g. heißt es: *καὶ τίνες ἀπλούστερον δοκοῦσι διαλέγεσθαί τε καὶ μαρτυρεῖν, καὶ πότερον μίαν καὶ τὴν αὐτὴν μεμελετημένην ἀφιᾶσι φωνήν.* Und not. n. wird das *simpliciter* erklärt: *ἀποικίλων, και μὴ ἀπὸ συμβουλῆς.* i. e. *non callide, nec ex compacto.* Not. o. *σημείωσαι, ὅτι ἐὰν πολλοὶ τοῖς αὐτοῖς ἐν τῇ μαρτυρίᾳ χρήσονται ῥήμασιν, ὡς ἐκ μελέτης δοκοῦντες μαρτυρεῖν.*

97) *Pet.* Bondam Specim. contin. animadversiones criticas ad loca quaedam iuris civ. depravata. *Franequ.* 1746. Cap. XI. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 215.) will lieber *interrogaveris* lesen. Er beruft sich auf das Zeugniß des Joann. Saresberiensis in Policratico Lib. V. cap. 14. pag. 507. (edit. *Lugd. Batav.* 1639.) Er emendirt daraus auch die *L.* 3. §. 2. *h. t.*

gen an einem dieser Erfordernisse, so ist der Zeuge entweder ganz untüchtig, oder verdächtig. Unfähige Zeugen, *testes inhabiles* sind solche Personen, welche aus physischen oder moralischen Ursachen von der Ablegung eines Zeugnisses ausgeschlossen sind. Diese sind entweder schlechterdings unfähig, wenn sie in keiner Sache als Zeugen aufgeführt werden können, oder relativ unfähig, wenn sie nur in der gegenwärtigen Sache, und in bestimmten Verhältnissen unzuläßig sind. Ist hingegen ein Zeuge zwar nicht unzuläßig, es treten aber doch bey ihm Umstände ein, welche es zweifelhaft machen, ob er richtig wahrnehmen konnte, oder seine Wahrnehmung unverfälscht mittheilen wollte, und dessen Zeugniß daher keine völlige Glaubwürdigkeit verdient; so heißt er ein verdächtiger Zeuge (testis *suspectus*, s. *non classicus*).

Der Unterschied besteht nun darin, daß

1) unfähige Zeugen gar nicht als Zeugen zu betrachten sind, und daher auch nicht abgehört werden dürfen, wenn man vor der Abhörung den Grund ihrer Unfähigkeit weiß.

2) Verdächtige Zeugen hingegen werden abgehört, jedoch unter Vorbehalt der ihnen entgegenstehenden Einwendungen, und der Richter hat dann aus den Umständen zu beurtheilen, welche Glaubwürdigkeit ihrem Zeugniß beyzulegen sey [98]. Ja es können zuweilen Zeugen, die sonst verdächtig sind, den Character der vollen Glaubwürdigkeit erlangen, wenn die Parthey, welche gegen ihre Glaubwür-

98) *L.* 3. §. 1. *et* 2. *L.* 13. *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CLXXXIII. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 3. Bd. §. 1167.

digkeit Einwendungen machen konnte, gegen ihre Person und Aussagen nichts einwendet [99], oder sie sogar selbst für sich als Zeugen anführt [100]. Ja sie werden als vollgültige Zeugen in solchen Fällen angesehen, wo nach Beschaffenheit der Sache die Wahrheit auf andere Weise nicht ausgemittelt werden kann, d. i. wenn die Handlung von der Art ist, daß sonst nicht leicht Jemand anders, als diese Personen, davon Wissenschaft haben kann [1]. Von unfähigen Zeugen gilt dieses nicht [2].

3) Auch bey einem völlig glaubwürdigen Zeugen ist die Möglichkeit des Beweises von der Wirklichkeit wohl zu unterscheiden [3]. Letztere erfordert, ausser jener, noch eine genügende Aussage von wenigstens zwey Zeugen zu einem vollständigen Beweise [4]. Davon ein Mehreres §. 1185.

99) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 37. Gönner's Handbuch des gemeinen Prozesses 1. B. Nr. X. §. 25. und dessen Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in den Motiven 2. B. 2. Abth. S. 480.

100) Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse. 1. Bd. h. t. §. 10. S. 127.

1) *Cap. ult. X. de testib. cog. Cap. 3. X. Qui accus. possunt. matrim.* Pufendorf Observat. iur. univ. T. I. Obs. 140. Westphal a. a. O. §. 9.

2) Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 56. und Tom. II. P. VI. Obs. 416.

3) S. Martin's Lehrbuch des bürg. Proz. §. 182.

4) *L. 9. §. 1. Cod. de testib. L. 12. D. eodem.*

§. 1176.

Unfähige Zeugen.

Physisch unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses sind diejenigen, welchen Vernunft und die zur Beobachtung erforderlichen Sinne fehlen [5]). Dahin gehören 1) Rasende und Wahnsinnige. Treten bey solchen Personen lichte Zwischenräume ein, wo sie den Gebrauch des Verstandes wieder haben, so können sie zwar über Thatsachen, die sie in solchen Zeiten wahrgenommen haben, ein Zeugniß geben; ihr Zeugniß gilt aber nur als Instrumentszeugniß bey feyerlichen Handlungen, wo mehrere Zeugen zugleich hinzugezogen werden [6]); als gerichtliche Beweiszeugen hingegen sind sie für vollgültig nicht anzunehmen [7]). 2) Blinde in Ansehung solcher Gegenstände, welche nur durch das Gesicht, und Taube, in Ansehung solcher Gegenstände, welche nur durch das Gehör wahrgenommen werden können. Bey beyden wird jedoch vorausgesetzt, daß sie schon zur Zeit der zu bezeugenden Begebenheit in diesem Zustande waren [8]). Doch kann ein Tauber über das, was er gesehen, und ein Stummer, welcher schreiben kann, über das, was er gehört hat, ein Zeugniß ablegen [9]). Ein Gleiches gilt von Taubstummen [10]).

5) Canz Tr. de probabilitate iurid. §. 141. sqq.

6) *L.* 20. §. 4. *D. Qui testam. fac. possunt.*

7) S. Schneider vom rechtlichen Beweise §. 110. Zu allgemein drücken sich hierüber aus Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 12. und Canz cit. Tr. §. 142.

8) *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. C. Th. 2. Canz c. l. §. 142. Schneiddr a. a. O. §. 112.

9) Claproth's Einleitung in den bürg. Prozeß. §. 260.

10) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12. in fin.

Juristisch unfähig sind 1) Unmündige, welche auch nach erlangter Mündigkeit über das, was sie in ihrer Unmündigkeit erfahren haben wollen, kein gültiges Zeugniß ablegen können [11]. Callistratus sagt zwar *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* Lege Julia de vi cavetur, ne *hac lege* in reum [12] testimonium dicere liceret, — *quive impubes erit;* und wenn Ulpian *L.* 19. §. 1. *D. h. t.* sich ganz allgemein ausdrückt: Sed nec *pupillis* testimonium denunciari potest, so handelt er doch *libro VIII. de Officio Proconsulis*, woraus die letztere Stelle genommen ist, von Criminal-Gerichten, wie aus *L.* 1. *D. de quaestionibus*, und noch zehn anderen Stellen erhellet, welche alle aus demselben Buche des Ulpian genommen sind [14]. Deswegen behaupten denn mehrere Rechtsgelehrten [15], daß es in Civilgerichten anders sey. In Civilsachen seyen Unmündige, wenn sie nur pubertati proximi sind, für zuläßige Zeugen zu halten, ob sie wohl freylich nicht als testes omni exceptione maiores angesehen werden könnten. Allein der Grund, den Calli-

11) Anderer Meinung sind zwar Berger in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 24. §. 3. not. 1. und Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 16. allein mit Recht verwirft diese Meinung Thibaut im System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1168. Eben so Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

12) i. e. in reum hac Lege accusatum, wie Accursius diese Worte ganz richtig erklärt.

13) Die hier angeführten Worte der Lex Julia de vi befinden sich auch in der *Collatio Mosaicarum et Romanar. Legum* Tit. 9. §. 2.

14) S. *Abr.* Wieling Iurisprud. restituta pag. 298.

15) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. et 14. Canz cit. Tract. §. 142. Not. d.

stratus anführt, daß sie propter lubricum consilii sui zur Ablegung eines Zeugnisses nicht zugelassen werden könnten, ist ganz allgemein; sie werden daher auch bey Testamenten nicht als Zeugen zugelassen [16]. Ohne Zweifel wollte daher auch Tribonian durch die Aufnahme jener Fragmente in diesen allgemeinen Titel denselben eine grössere Ausdehnung geben [17]. 3) Diejenigen, welche als Meineidige, oder durch andere infamirende Handlungen, wegen welcher sie durch Urtheil und Recht für infam erklärt worden sind, oder wegen eines schweren peinlichen Verbrechens sich des bürgerlichen Glaubens unwürdig gemacht haben [18]. Nach dem Civilrecht dürfte es zwar noch zweifelhaft seyn, ob alle diejenigen, welchen eine infamia iuris anklebt, für schlechterdings unfähige Zeugen zu halten seyen, wenn man die *L.* 3. *§.* 5. und die *L.* 13. *D. h. t.* mit einander vergleicht. Allein das Canonische Recht schließt sie schlechterdings aus der Reihe der Zeugen aus [19]. Das Canonische Recht hält sogar Jeden, welcher peinlich angeklagt ist, während des Prozeßes für unfähig, so lang er

16) §. 6. *I. de testam. ord.* *L.* 20. *pr.* *D.* *Qui testam. fac. poss.*

17) *Hugo* Donellus de Testibus. Cap. 1. pag. 228. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. C. Th. 5. und Schrader ad h. T. pag. 36. not. 5.

18) *Can.* 18. *Caus. VI. Qu.* 1. *Cap.* 9. *X. de test.* Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18, Müller ad *Struvium* Tom. II. Exercit. XXVIII. Th. 38. not. π. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 86. Schneider Lehre vom gerichtl. Beweise. §. 114. u. 115.

19) *Can.* 15. *Caus. VI. Qu.* 1. *Cap.* 10. 13. 20. 54. 56. *X. h. t.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 10.

seine Unschuld nicht bewiesen hat [20]. 4) Diejenigen, welche Geld oder Geldeswerth von einer der streitenden Partheyen angenommen, oder sich haben versprechen lassen, um günstig für sie auszusagen [21]. 5) Diejenigen, welchen Kraft ihres öffentlichen Amts Geheimnisse anvertrauet worden, sofern sie darüber ein Zeugniß ablegen sollen, zu welchen auch Geistliche in Betreff dessen gehören, was ihnen in der Beichte anvertraut worden [22]. Hellfeld gedenkt derselben erst §. 1178. 6) Ketzer und Juden wider orthodoxe Christen [23], welches jedoch jetzt nicht mehr beobachtet wird [24]. 7) Zeugen in ihrer eigenen Sache. Nullus enim idoneus testis in re sua intelligitur, sagt Pomponius *libro I. ad Sabinum* [25]; und eben so rescribiren auch die Kaiser Valens und Valentinianus *L.* 10. *Cod. h. t.* Eine *propria causa* wird aber, wie Ulpian lehrt *L.* 1. §. 11. *D. Quando appellandum sit*, diejenige genannt, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. Wenn also der Zeuge bey dem Ausgange der Sache, worin er Zeug-

20) *Cap. ult. X. de testib.* Boehmer c. l. §. 6. Thibaut a. a. O. §. 1168.

21) *L.* 2. §. 5. *D. h. t.* Quive ob testimonium dicendum, pecuniam accepisse iudicatus, vel convictus erit.

22) *Cap.* 2. *X. de officio et potest. iud. deleg.*

23) *L.* 21. *C. de haeret. Cap.* 1. *X. eodem, L. ult. Cod. de Judaeis.*

24) Boehmer Jur. Eccl. Protest. c. l. §. 5. und von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozesse 2. Absch. 4. Kap. S. 148 f.

25) *L.* 10. *D. h. t.*

niß ablegen soll, ein eigenes Interesse hat, d. i. direct Nutzen zu hoffen, oder Schaden zu fürchten hat, so ist sein Zeugniß verwerflich [26]). Ein Mehreres davon §. 177. 8) Eltern und Kinder können weder für noch gegen einander ein gültiges Zeugniß ablegen. Testis idoneus, agt Paulus *Libro I. ad Sabinum* [27]), pater filio, aut filius patri non est; und die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren *L. 6. Cod. eodem:* Parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt. Mehrere Rechtsgelehrten [28]) wollen zwar diese Vorschriften des Römischen Rechts bloß auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt beschränken, und den Grund darin setzen, weil Vater und Sohn für eine Person juristisch zu halten wären, so lange der letztere sich in der väterlichen Gewalt befindet. Diese Meinung hat auch die Auctorität des griechischen Scholiasten für sich, welcher jene Pandectenstelle folgendermaßen erläutert [29]): Ο *ὑπεξόυσιος ὢν δηλονότι. δοκεῖ γὰρ ἑαυτῷ μαρτυρεῖν μαρτυρῶν τῷ πατρί. ἐι δὲ γένηται αὐτεξούσιος, ἀκωλύτως μαρτυρεῖ, καὶ ὡς ἐν ἀλλοτρίῳ πράγματι πιστέυεται.* i. e. *Qui scilicet in potestate est: nam qui patri testis est, sibi ipsi testimonium dicere videtur. Si vero sui iuris factus sit, non*

26) Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. Th. §. 1700. *Frid. Wilh. Ant.* Layritz Disquisit. iurid. de teste sua in causa. *Baruthi* 1795.

27) *L. 9. D. h. t.*

28) *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 15. Thibaut System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1169 lit. G.

29) *Basilica* Tom. II. pag. 550. Schol. e.

prohibetur testimonium perhibere, et, ut in alieno negotio, fides ei adhibetur. Ja es scheint selbst der Zusammenhang der *L.* 9. mit der folgenden *L.* 10. diese Meinung zu rechtfertigen, welche letztere wahrscheinlich den Grund von der vorhergehenden *L.* 9. enthält. Denn der Sohn, welcher für den Vater ein Zeugniß ablegen wollte, in dessen Gewalt er sich befindet, würde Zeuge in seiner eignen Sache seyn. Hierzu kommt, was Julian lehrt L. 201. *D. de Verbor. Signif.* daß nach einer iusta interpretatio der Name *filius* sowohl einen filiusfamilias als eine filiafamilias bezeichne. Vergleicht man vollends die übrigen Fragmente, welche aus eben desselben Pauli *libro I. ad Sabinum* genommen sind [30]), so erhellet daraus, daß Paulus daselbst von den Wirkungen der väterlichen Gewalt gehandelt habe. Was könnte nun also wohl natürlicher, als die Folge seyn, daß den Kindern und Eltern das gesetzliche Verbot, für einander Zeugniß abzulegen, alsdann nicht mehr entgegenstehe, wenn die Kinder nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind? Diesen Schluß macht auch der griechische Scholiast, und Pufendorf. Doch räumt letzter ein, daß wenn auch in diesem Falle ihr Zeugniß für einander nicht verwerflich sey, so verdiene es doch wegen der nahen Verwandtschaft keinen vollkommenen Glauben. Die meisten Rechtsgelehrten [31]) erklären indeßen die oben angeführten gesetzlichen

30) *L. 3. D. de ritu nuptiar. L. 7. D. de liber. et postum. L. 9. D. eodem. L. 11. D. de vulg. et pup. substit. L. 7. D. de acquir. vel omitt. hered.* S. *Abr.* Wieling Jurisprud. restituta. Tom. I. p. 196.

31) *Jo.* Voet Commentar. ad Dig. h. t. §. 3. *Jan. a* Costa Praelection. ad illustriores quosd. titulos locaque.

Vorschriften ganz allgemein, und halten Eltern und Kinder sowohl für als gegen einander für unfähige Zeugen, wenn auch letztere nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind, und diese Meinung verdient allerdings den Vorzug. Es kann immerhin seyn, daß Paulus *libro I. ad Sabinum* von den Folgen der väterlichen Gewalt gehandelt habe, woraus die *L.* 9. *h. t.* genommen ist. Daß er aber das gesetzliche Verbot, nach welchem Eltern und Kinder weder für noch wider einander als Zeugen zugelassen werden sollen, auf dieses Verhältniß nicht habe einschränken wollen, erhellet aus desselben *Receptis Sententiis* Lib. V. Tit. 15. §. 3. [32]) wo er sagt: Adversus se invicem parentes et liberi, itemque liberti, nec volentes ad testimonium admittendi sunt: *quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit.* Derselbe Paulus, welcher der Verfaßer der *L.* 9. *D. h. t.* ist, ist es also auch, von dem der Ausspruch herrührt, den die Kaiser Diocletian und Maximian von ihm entlehnt haben. Allein er leitet den Grund seines Ausspruchs nicht aus dem Umfang der väterlichen Gewalt her, sondern setzt ihn in der nahen Verwandtschaft, und der daher entstehenden natürlichen Zuneigung zwischen so nahen Blutsfreunden, welche kein unpartheyisches Zeugniß erwarten läßt. Diesen Grund hebt die Endigung der väterlichen Gewalt nicht auf. Es kann folglich auf die Beurtheilung der Gültigkeit ihres Zeugnißes

selecta iuris civ. ad L. 6. Cod. h. t. pag. 266. *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 607. Nr. V. Gottl. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1700. not. b. und besonders F. A. Freiherr von Ende vermischte juristische Ausführungen. Hannover 1816. 4. Nr. XI. S. 139—144.

keinen Einfluß haben, ob das Verhältniß der väterlichen Gewalt noch Statt findet, oder äufgelößt ist. Der Grund, welcher aus dem Zusammenhange der *L.* 9. mit *L.* 10. *h. t.* genommen wird, ist sehr willkührlich. Denn daß die Worte testis in re sua sich nicht auf das persönliche Verhältniß des Zeugen, sondern auf das Verhältniß zur Sache, über welche das Zeugniß abgelegt werden soll, beziehen, ist schon oben bemerkt worden. Es kann uns daher auch nicht weiter irre machen, wenn Julian *L.* 201 *D. de Verb. Signif.* sagt: Iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione *filii*, sicut filiamfamilias contineri saepe respondimus, ita et nepos videatur comprehendi. Julian handelte *libro LXXXI. Digestorum*, woraus diese Stelle genommen ist, von Vermächtnissen [33]), bey denen sehr oft die Frage entsteht, ob unter dem Namen filius auch Tochter und Enkel begriffen sind? wie Jac. Cujaz [34]) und Joh. Göddäus [35]) mit mehreren Beyspielen erläutert haben. Daß es dabey zugleich auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt ankommen konnte, hat keinen Zweifel. Man denke z. B. an die tutela testamentaria, bey welcher die Bedeutung des Worts *filius* zur Sprache kommen konnte, wie Ulpian *L.* 16. *D. de testam. tut.* in Beyspielen

32) S. *Ant.* SCHULTING Jurisprud. vet. Antejust. pag. 488.

33) S. *L.* 102. *D. de legat. I.* *L.* 13. *D. de lib. legat.* welche aus demselbigen Buche genommen sind. *Abr.* WIELING Jurisprud. restituta. pag. 71.

34) Commentar. ad. Tit. D. de Verbor. Signif. ad L. 84 h. t.

35) Commentar. repetit. praelect. in tit. XVI. Lib. L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 201. D. h. t. Man vergleiche auch *Jul. a* BEYMA Commentar. in eundem titulum. ad L. 84. h. t.

zeigt. Allein daß auch ohne Beziehung auf väterliche Gewalt unter der Benennung filius alle Kinder verstanden werden, lehrt Javolenus *L.* 84 *D. de Verbor. Signif.* Ein Beyspiel giebt Scävola *L.* 41. §. 6. *D. de legat. III.* An Ablegung eines Zeugnisses konnte also wohl kein Gedanke seyn. Mit Recht sagt daher Schrader [36], daß das Wort *filius* in der *L.* 9. *h. t.* nicht gerade einen filiusfamilias, sondern *omnem filium* bezeichen. Wenn nun aber gleich das Zeugniß der Eltern weder für noch wider die Kinder gilt, so glauben doch viele [37], daß in Prozeßsachen der Kinder unter sich die Eltern vollgültige Zeugen wären, weil hier die Zuneigung gegen beyde Theile gleich groß sey. Allein dagegen hat schon Voet [38] erinnert, daß hierdurch das Verbot der Gesetze nicht aufgehoben, vielmehr auf eine doppelte Art dagegen gehandelt werde.

36) Ad h. Tit. L. 9. not. r. p. 51.

37) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 140.

38) Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. Man sehe auch von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit 1. Th. 7. Absch. §. 8. und Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise §. 119. Letzter behauptet richtiger, daß Eltern in den Rechtssachen ihrer Kinder in Ansehung solcher Gegenstände als Zeugen zugelassen werden könnten, welche ihrer Natur nach blos im Innern der Familie genau bekannt seyn können; z. B. wenn es darauf ankommt, den Tag der Geburt, oder des Todes eines Kindes zu beweisen. Andere fügen auch noch Ehesachen hinzu. *Cap.* 5. X. *Qui matrim. accusare poss.* Hommel Rhapsodia quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. voc. *Parentes*, und Claproths Einleitung in den ord. bürg. Prozeß. 2. Th. § 260. Nr. 4.

§. 1177.

Verdächtige Zeugen.

Zeugen sind verdächtig I. wegen ihres Alters, welche noch nicht zwanzig Jahre alt sind.

L. 20. D. h. t. VENULEIUS *libro II. de iudiciis publicis.* In testimonium accusator citare non debet eum, qui — minor viginti annis erit.

Sowohl die Ueberschrift als der Inhalt dieser Stelle lehrt jedoch, daß dieses nur auf den Criminalprozeß geht, und vielleicht durch die *Lex Iulia iudiciorum publicorum* war bestimmt worden [39]. Ob nun wohl keinem Zweifel unterworfen ist, daß einem Zeugen nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahre in peinlichen Fällen, sofern seiner Glaubwürdigkeit sonst nichts entgegensteht, volle Beweiskraft zuzuschreiben sey [40]; so läßt sich doch die Meinung derjenigen nicht rechtfertigen, welche behaupten, daß die Verordnung des Röm. Rechts, welche zu einem vollgültigen Zeugniß in peinlichen Sachen die Zurücklegung des zwanzigstens Jahres erfordert, in den deutschen Gerichten nicht beobachtet werde, sondern nach dem Canonischen Rechte ein Alter von vierzehen Jahren genüge [41]. Es ist vielmehr der Unterschied von Wichtigkeit, welchen mit Beystimmung der Praxis die meisten heutigen Crimi-

39) S. SCHRADER ad h. tit. Pand. pag. 64. not. aa.

40) S. Stübel's Criminalverfahren in den deutschen Gerichten. 2. Band §. 855. und Tittmann's Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 4. Th. §. 819.

41) *Can.* 15. *Caus. XXII. Qu.* 5. S. Meister's rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen 3. Th. Decis. LXXVIII. nr. 32. S. 349 f.

nalrechtslehrer [42]) machen, nämlich ob von Verurtheilung des Verbrechers in die verwirkte ordentliche Strafe, oder blos von Bestärkung eines Verdachts gegen den Inquisiten, oder von einer ausserordentlichen Strafe die Rede sey. In dem ersten Falle wird allerdings zur vollen Beweiskraft eines Zeugen ein Alter von fünf und zwanzig Jahren erfordert. In den übrigen Fällen aber werden im Criminalprozesse auch jüngere Zeugen zugelassen, wenn sie nur die Mündigkeit erreicht haben. Im Civilprozeß ist es ausser Zweifel, daß schon diejenigen als gültige Zeugen zugelassen werden, welche das achtzehnte Jahr zurückgelegt haben, und zwar ohne Unterschied des Geschlechts [43]).

II. Wegen persönlicher Zuneigung oder Abneigung gegen den, welchen das Zeugniß betrifft, Freunde des Producenten, und Feinde des Producten. Wie weit aber Freundschaft oder Feindschaft die Glaubwürdigkeit schwäche, kommt auf den Grad derselben an. Der höchste Grad der Freundschaft wird zwischen Ehegatten angenommen, weil das Band der Liebe und der wechselseitigen Vortheile zwischen denselben der Regel nach lebenswierig, und selbst durch die Gesetze geheiliget ist. Diese Personen verdienen daher sehr wenigen Glauben, wenn sie für einander etwas bezeugen sollen. Gegen einander aber kann ihnen gar keine Glaubwürdigkeit zugeschrieben werden, weil ein hoher Grad von Feindschaft und Haß vorausgehen

42) von Quistorp Grundſ. des peinlichen Rechts 2. Th. §. 693. Ranfft über den Beweis in peinlichen Sachen. §. 65. und Meister pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. B. Bemerk. XVII. Nr. 13.

43) S. Hommel Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. I. Obs. 211. verb. *Puberes.* pag. 364.

muß, wenn Ehegatten gegen einander zeugen sollen [44]. Nach der Verordnung der Kaiser Valerianus und Gallienus [45]: Etiam iure civili domestici testimonii fides improbatur, sollte eigentlich das Zeugniß eben so wenig für als gegen einander gelten, wie auch Wernher [46] und Hommel [47] behaupten. Allein die Praxis verwirft das Zeugniß derselben nicht schlechterdings, wie Leyser [48] aus Beyspielen erwiesen hat. Außerdem schließt die bloße Freundschaft unter Personen, welche nicht so genau, wie durch das Band der Ehe, mit einander verknüpft sind, vom Zeugniß nicht aus; sie kann indeßen allerdings in einem solchen Grade Statt finden, daß sie wenigstens das Zeugniß für den Freund verdächtig macht [49]. Hierauf bezieht sich auch wohl nur der Ausspruch des Callistratus [50], wenn er sagt, man solle bey der Beurtheilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen auch auf die Ver-

44) von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit 1. Th. 7. Abschn. §. 8.

45) *L. 3. Cod. h. t.* S. *Jan. a* Costa Praelection. ad illustrior. quosd. titulos locaque select. iuris civ. ad h. L. pag. 256. sq.

46) Select. Observation. for. Tom. II. P. VI. Obs. 176.

47) Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 76.

48) Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. Medit. 19. 20 et 21.

49) *Can.* 12. *Caus. III. Qu.* 5. Farinacius de Testibus. Qu. LV. n. 238. Mascardus de Probation. Concl. LXXXVI. nr. 8. Bachov ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. V. Th. 8. lit. F. Wernher Sel. Obs. for. Tom. III. P. II. Obs. 292. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 24. Man sehe auch *Jo. Christ. Benj.* Kunze Diss. de testibus amicis. *Altorfii* 1790.

hältnisse der Freundschaft Rücksicht nehmen. Auch die Feindschaft hat ihre Grade. Den höchsten Grad nennt man gewöhnlich eine tödliche Feindschaft, (*inimicitiae capitales*), welche einen solchen Haß voraussetzt, der unauslöschlich, und daher lebenswierig ist [51]). Die Gesetze sprechen zwar immer von einer solchen Feindschaft, welche durch eine peinliche Anklage entstanden ist, wenn sie der inimicitiae capitales gedenken [52]). Nur diese will auch Cujaz [53]) für eine tödliche Feindschaft gelten laßen. Allein daß hierauf die Bedeutung von capitale nicht einzuschränken sey, hat schon Püttmann [54]) gezeigt. Es wird vielmehr jeder hoher Grad der Feindschaft, sofern sie sich schon in Thatsachen ausgesprochen hat, aus welchen die Absicht des Zeugen, den Producten zu schaden, hervorgeht, mit dem Namen einer tödlichen Feindschaft bezeichnet [55]). Ein solcher Zeuge ist entweder ganz zu verwerfen, oder sein Zeugniß ist wenigstens sehr verdächtig. Callistratus giebt dieses auch zu erkennen, wenn er in der angeführten *L. 3. pr. D. h. t.* sagt: In persona testium explorandum esse, — *an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert.* Eben so spricht Justinian *L. 17. C. h. t.* von inimicitiae, *ex quibus testes repelli leges praecipiunt;* und in der Novelle *XC.*

50) *L. 3. pr. D. h. t.*

51) S. von Globig angef. Theorie der Wahrscheinlichkeit. a. a. O. §. 13. S. 127.

52) *L. 31. §. 2. D. de adim. legat. L. 3. §. 11. eodem. L. 6. §. 17. D. de excusat. Nov. XC. Cap. 7.*

53) Comm. ad L. 6. D. de excusat. (Oper. Tom. II. pag. 195.) Ihm stimmen auch *Ev.* Otto und *Jan. a* Costa in Comm. ad §. 11. Instit. de excusation. bey.

54) Adversarior. iuris universi. Lib. I. Cap. 1.

Cap. 7. verordnet derselbe: Si quis eum, qui testimonium dicturus est, sibi inimicum, forte etiam ab illo accusatum esse dicat: *siquidem statim probaverit causam criminalem inter eos agitari*, non accedat ad testimonium, qui adeo ei inimicus est, *ut ipsum criminis etiam reum postulet.* Si vero alia ratione inimicus esse, vel pecuniariter eum convenisse dicatur, procedat quidem testimonium, ad tempus vero eiusmodi quaestiones exceptionum serventur. Es ist jedoch auch hierbey das richterliche Ermeßen nicht auszuschließen, indem nicht jede Uneinigkeit, nicht jeder Prozeß, welchen der Zeuge mit dem Producten gehabt hat, jenen verdächtig macht [56].

III. Wegen naher Verwandschaft oder Schwägerschaft. Hellfeld rechnet hierher auch Eltern und Kinder, und zwar nur während letztere in väterlicher Gewalt sind. Allein daß leibliche Eltern und Kinder weder für, noch wider einander ein gültiges Zeugniß ablegen können, ist schon im vorigen §. wider Pufendorf gezeigt worden [57]. Ein Gleiches gilt von Großeltern und En-

55) Tittmann's Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts. 4. Th. §. 820.

56) S. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 25. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. Voc. *Inimicitia.* Canz Tr. de probabilitate iuridica, §. 146. Schneider vom rechtl. Beweise, §. 140. nr. 5. und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Erört. 64. §. 4. S. 275 f.

57) S. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 19. und Th. Hagemann's pract. Erörterungen 5. B. Erört. XII. S. 70—72.

keln [58]. Geschwister hingegen sind zwar nicht, wofür sie einige [59]) halten wollen, ganz unzuläßige und verwerfliche, sie sind aber doch keine vollgültigen ganz unverdächtige Zeugen, wenn sie für einander ein Zeugniß ablegen sollen [60]), indem gewöhnlich wegen Gemeinschaft des Ursprungs ein hoher Grad von Zuneigung unter ihnen Statt findet, obwohl freylich dieselbe derjenigen, die zwischen Eltern und Kindern Statt findet, weit nachsteht, und auch durch die Verlaßung des väterlichen Hauses, so wie durch den Tod der Eltern sich zuweilen zu vermindern pflegt. Es muß also auch hier billig dem Ermeßen des Richters überlaßen werden, nach sorgfältiger Prüfung der Umstände zu bestimmen, ob und in wiefern das Zeugniß der Geschwister für einander zuzulaßen sey, und welchen Glauben sie verdienen [61]). Zwischen vollbürtigen und Halbgeschwistern ist übrigens kein Unterschied [62]). Auch diejenigen, welche mit

58) von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit 1. Th. VII. Abschn. § 9.

59) Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. Bachov ad *Treutleram* Vol. II. Disp. V. Th. 8. lit. F. Allein es ist kein Gesetz des gemeinen Rechts vorhanden, welches das Zeugniß der Geschwister für einander schlechterdings verwirft. S. Struben's rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 133.

60) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 31. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 23. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilprozeß. S. 155. lit. a. nach der neuen Auflage von Jury.

61) S. Hagemann's pract. Erörterungen 4. Band Erört. XLV. S. 244.

62) Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. CCXI. voc. *Fratres*. Schneider vom rechtlichen Beweise. §. 125

dem Producenten Geschwisterkind sind, verdienen keinen vollkommenen Glauben [63]. Ein Gleiches gilt von dem Zeugniß der Stiefeltern und Stiefkinder, der Schwiegereltern und Schwiegerkinder, der Adoptiv-Eltern und adoptirten Kinder, so wie von nahen Verschwägerten in der Seiten-Linie [64]. Es kommt jedoch hier nicht blos auf den Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft [65], sondern auch zugleich auf andere Verhältniße und die häuslichen Verbindungen an, in welchen sie mit einander stehen [66].

IV. Wegen Dienstabhängigkeit. 1) Dienstboten in Sachen ihrer Brodherrschaft. Viele [67] wollen zwar das Zeugniß derselben gänzlich verwerfen, und ihnen alle Glaubwürdigkeit absprechen. Allein die Gründe, welche sie theils von dem Ausspruch des Licinius Rufinus, welcher *libro II. Regularum* [67] sagt: Idonei non videntur esse testes, *quibus imperari potest, ut testes*

63) Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 100. von Tevenar Theorie der Beweise. S. 156.

64) Schneider a. a. O. §. 121 und 126. von Tevenar a. a. O. S. 155.

65) Man pflegt jedoch in der Verwandtschaft nicht über den vierten, und in der Schwägerschaft nicht über den dritten Grad hinauszugehen. S. Hommel c. l. voc. *affines.* und Schneider a. a. O. §. 124.

66) Tevenar a. a. O. S. 156.

67) Farinacius de testibus. Lib. II. Tit. 6. Qu. 55. nr. 1. 2. Gonzalez Tellez Comm. ad Decretal. Tom. II. ad cap. 24. X. de testib. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33. Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XXV. cap. 3. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3. Leyser Specim. CCLXXXIII. medit. 11. u. a. m.

fiant; theils aus dem Rescript der Kaiser Valerian und Gallienus[69]: Etiam iure civili *domestici testimonii fides* improbatur, hernehmen, passen nicht auf unsere Dienstboten. Denn daß die Stelle des Licinius Rufinus von Sklaven zu verstehen sey, beweist die in dem nächstfolgenden Gesetz enthaltene Ausnahme aus Modestinus[70]: Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est; und das testimonium domesticum, dem in der *L.* 3. *C. h. t.* alle Glaubwürdigkeit abgesprochen wird, bezieht sich auf das Zeugniß derjenigen Personen, welche der Gewalt eines Familienhaupts unterworfen waren[71], und denen also der Familienvater befehlen konnte, ein Zeugniß für ihn abzulegen, wie Braun[72] und Bauer[73] längst gezeigt haben. Darin sind jedoch alle heutigen Rechtsgelehrten[74] einverstanden, daß Dienstboten keine testes

68) *L.* 6. *D. h. t.*

69) *L.* 3. *Cod. h. t.*

70) *L.* 7. *D. h. t.*

71) §. 9. *J. de testam. ordin.*

72) Carl Ad. Braun von der Glaubwürdigkeit der Hauszeugen, in den Erlang. gelehrt. Anzeigen vom J. 1750. Nr. L.

73) *Jo. God.* Bauer Progr. de admittendo famulitii hodierni in favorem domini testimonio. *Lips.* 1756. in *Opuscul.* T. I. p. 434. sqq.

74) *Jo. God.* Kraus Diss. de eo quod iustum est circa probationem per testes domesticos. *Vitemb* 1724. §. 29. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Observat. 211. voc. *Famuli.* Kind Quaestion. for. Tom. II. Cap. 28. Dorn Gesindrecht §. 216. Müller Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. I. Obs. 489.

omni exceptione maiores sind, indem die Pflicht der Dankbarkeit und Ehrfurcht gegen ihre Brodherschaft besorgen läßt, daß sie zum Nachtheil der Wahrheit dem Interesse derselben jedes fremde Interesse nachsetzen, und daher ihr Zeugniß nicht unpartheyisch seyn werde, worauf schon das Sprüchwort hinzudeuten scheint: Wessen Brod ich esse, dessen Lied ich singe [75]). Dahingegen behauptet man mit Grund, daß nach geendigter Dienstzeit Dienstboten in den nachherigen Rechtssachen ihrer ehemaligen Brodherrschaften als vollgültige Zeugen auftreten können [76]). Ein gleiches Rechtsverhältniß tritt bey Unterthanen in den Rechtssachen ihrer Obern ein, denen sie durch Eidespflicht verbunden sind; man pflegt sie jedoch in der Praxis in Ansehung des abzulegenden Zeugniß ihrer Eidespflicht zu entlassen [77]).

V. Wegen unmoralischen Lebenswandels. Diejenigen, welche der Trunkenheit ergeben, ferner welche ihrer verschwenderischen Lebensart wegen für prodigi erklärt sind, oder sich sonst durch unmoralische Handlungen Irreligiosität, und niederträchtige Gesinnungen bey ihren Mitbürgern Verachtung zugezogen haben. (Notati et reprehensibiles [78]).

Schneider Lehre vom rechtlichen Beweise. §. 130 und 131. von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit Th. 1. S. 122 Mehrere Ausnahmen macht jedoch Lauterbach in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33.

75) Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. VI. Abth. Nr. XVI. S. 501.

76) von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen. 1. B. Erört. XLVII. §. 1.

77) Leyser Meditat. ad Pand. Specim. CCLXXXIII. medit. 14—16. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t.

VI. Wegen Mangels an dem zur Wahrnehmung erforderlichen Sinne. Diejenigen welche ein schweres Gehör, oder blödes Gesicht haben [79].

VII. Wegen eigenen Interesse sind bald mangelhaft bald ganz unzuläßig, 1) Mitglieder einer Gemeinheit; diese sind a) mangelhafte, jedoch nicht ganz unzuläßige Zeugen, wenn der Streitgegenstand ein solches Gemeindegut betrifft, deßen Ertrag nicht jedem einzelnen Mitgliede zu seinem Antheile unmittelbar zu gute kommt, oder wenn der Streitgegenstand eine Last betrifft, wovon nicht jeder Einzelne seinen Antheil unmittelbar zu tragen hat; b) unzuläßig aber sind sie, wenn der Rechtsstreit das Interesse jedes einzelnen Mitgliedes, z. B. eine Schuldigkeit aller einzelnen Mitglieder betrifft. Hier ist ihr Interesse unmittelbar, und größer, als in jenem ersten Fall, wo die einzelnen Mitglieder nur ein mittelbares und entferntes Interesse haben [80]. Daß hingegen die Mitglieder einer Ge-

§. 34. HOMMEL Rhaps. quaest. for. c. I. voc. *Subditi.* und von Bülow und Hagemann's pract. Erörterungen 1. B. Nr. XLVII. §. 4.

78) KIND Quaest. for. Tom. I. Cap. 81. von Bülow und Hagemann a. a. O. §. 3. Köchy Meditationen über die intereß. Gegenst. der heut. Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Nr. III. S. 42. Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens. §. 86. S. 155.

79) STRYK Tr. de iure sensuum Diss. I. Cap. IV. nr. 35.

80) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. LEYSER Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. medit. 10. *Fratrum* BECKMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 62. nr. 10. SCHNEIDER vom rechtl. Beweise. §. 142.

meinheit von dem Gegner derselben zu Zeugen ernannt werden können, hat keinen Zweifel [81]. 2) Ganz unzulässig sind aber a) Gesellschaftsmitglieder in derjenigen Sache, in welcher die Gesellschaft den Beweis zu führen hat; b) ein Jeder, welcher dem Producenten in dem anhängigen Rechtsstreite, wenn er zu desselben Nachtheile entschieden wird, zur Entschädigung verbunden ist, z. B. der Verkäufer in dem Evictionsprozeße, der Cedent in der Sache des Cessionars, der Schuldner in dem Prozeße des Bürgen [82]. Advotaten, Mandatarien, Notare, Procuratoren und Unterhändler in Ansehung der Geschäfte, welche sie selbst geführt haben [83]; weil es dergleichen Geschäftsmännern in Rücksicht ihrer Ehre, ihres Amts, und Rufes nie gleichgültig seyn kann und darf, ob die von ihnen für eine der Parteyen geführte Geschäftshandlung oder verfaßte Urkunde für gültig oder ungültig, für wahr und vollständig, oder für falsch und fehlerhaft erklärt wird [84]. In Ansehung der Advocaten sind zwar mehrere [85] der Meinung, daß wenn ein Advocat seinem Clien-

81) Pütter's auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 4. Th. Decis. CLXXIII. nr. 21. ff. und Kind Quaestion. for. Tom. I. cap. 34.

82) Lauterbach c. l. §. 22. Schneider §. 141.

83) *L. ult. D. h. t.*

84) von Globig Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. 7. Absch. §. 17. und von Bülow und Hagemann's practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 4. B. Erört 47.

85) Carpzov Resp. iur. Lib. III. Tit. IX. Resp. 92. nr. 13. und P. I. Const. XVI. Def. 59. nr. 3. Schneider vom rechtl. Beweise. §. 135.

ten, noch ehe er gewußt, daß er in der Sache, worin er demselben gedient hat, zum Zeugen aufgeführt werden würde, seine Dienste aufgesagt hat, derselbe zwar kein vollkommen glaubwürdiger, aber doch nicht ganz unzuläßiger Zeuge sey. Allein die Gesetze, nach welchen ein Advocat in Sachen seines Clienten kein Zeugniß ablegen soll, kennen diese Einschränkung nicht. Arcadius Charisius sagt vielmehr in seinem Buche von Zeugen, woraus die *L. ult. D. de testibus* genommen ist, ganz bestimmt: Mandatis cavetur, ut Praesides attendant, ne patroni in causa, *cui patrocinium praestiterunt*, testimonium dicant. Dieselben Worte sind auch in Gratian's Decrete *can.* 3. §. 19. *Caus. IV. Qu.* 2. *et* 3. wiederholt. Accursius erklärt zwar das *praestiterunt*, für praestare coeperunt, allein die Unrichtigkeit dieser Erklärung leuchtet in die Augen. Richtiger verstand Pabst Innocenz IV. diese Stelle, wenn er in Gemäßheit derselben *Cap.* 5. *de testibus in VIto* verordnet, daß ein Advocat oder Anwalt in der Appellationsinstanz für seinen Clienten nicht zeugen könne, wenn er demselben in der ersten Instanz bedient gewesen. In appellationis causa, so sprach er auf dem General-Concilium zu Lion im Jahr 1245, is qui adpellantis procurator vel advocatus in priori iudicio fuerat, non recipiatur in testem. Dieses ist denn auch die Meinung der bewährtesten Practiker [86].

86) Mevius Tom. II. P. VIII. Decis. 56. nr. 2. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 6. Wernher Select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 292. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. Westphal's Rechtsgutachten 1. Th. h. t. §. 7. Man vergleiche auch der Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 4. Bd. Medit. 191.

Noch ist zu bemerken, daß durch verdächtige Zeugen, wenn ihnen die Einwendung des Verdachts entgegengesetzt wird, nie ein vollständiger Beweis bewirkt werden kann, wenn deren auch noch so viele seyn sollten. Es ist daher eine ganz irrige Vorstellung, wenn Hommel [87]) behaupten will, daß zwey verdächtige Zeugen einen halben, und vier einen vollständigen Beweis machten. Denn es kommt bey den Zeugen, wie Arcadius Charisius [88]) sehr treffend sagt, nicht auf die Anzahl der Personen, sondern auf die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen an. Ich übergehe andere Gründe, aus welchen schon Kind [89]) diese Meinung widerlegt hat.

§. 1178.

Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses. Zwangsmittel. Ausnahmen.

Zeugenaussagen, so wie überhaupt Beweisführungen, gereichen zur Beförderung der Justiz, damit Niemand aus Mangel derselben um sein Recht komme [90]), auch Verbrechen nicht ungestraft bleiben [91]). Daher darf sich Niemand, welcher zu einem Zeugniß aufgefordert worden ist, der Verbindlichkeit zur Ablegung desselben vor Gericht ent-

87) Rhapsod. Quaest. for. Obs. 10. et Obs. 210. Reg. 10.

88) *L.* 21. §. 3. *D. h. t.* Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.

89) Quaestion. for. Tom. II. Cap. 30. Man vergleiche auch Struben's rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 30.

90) *Cap. ult. X. de testib. cog.* (II. 21.)

91) *L.* 51. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.*

ziehen, und selbst ein eidliches Versprechen, in einer streitigen Rechtssache nicht zeugen zu wollen, kann nicht davon befreien [92]. Nach dem ältern Röm. Recht war zwar in Absicht auf die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnißes ein Unterschied zwischen Criminal- und Civilsachen. In einer Civilsache konnte in der Regel Niemand zur Ablegung eines Zeugnißes genöthiget werden, obwohl die Gesetze der zwölff Tafeln denjenigen für einen improbus intestabilisque erklärten, welcher sich zu einem Rechtsgeschäft als Solennitäts-Zeuge hatte zuziehen lassen, und nachher auf Erfordern ein Zeugniß darüber vor Gericht abzulegen sich weigerte [93]. In Criminalsachen hin-

92) *Cap.* 18. *et* 45. *X. de testibus. Cap.* 4. *et ult. X. de testib. cogend.*

93) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XV. cap. 13. hat uns die Worte dieses Gesetzes aus den zwölff Tafeln aufbehalten, wo sie folgendermaßen lauten: *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Die Worte: *Qui se sierit testarier* heißen hier soviel als, qui se siverit in testem adhiberi. Das Rechtsgeschäft konnte ein Testament, oder eine andere feierliche Handlung seyn, wo ein libripens zugegen seyn mußte. Ulpian. *Fragm. Tit. XIX.* §. 3. Cajus *Instit. Lib. I. Tit.* 8. §. 3. Theophilus *Paraphr. gr. ad* §. 6. *I. Quib. mod. patr. pot. solvit.* Ni testimonium *fariatur*, d. i. nisi veniat ad testimonium dicendum in iudicio, cum citetur ab eo, a quo antestatus est. *Fariari* steht hier für fari, so wie man bey den Alten auch aggrediri für aggredi, und moriri für mori findet. Plautus *Mostell.* Act. V. Sc. I. v. 16. et *Asin.* Act. I. Sc. I. v. 108, Terentius *Eunuch.* Act. III. Sc. I. v. 42. Was *improbus intestabilisque* heißt, erklärt Theophilus in *Paraphr.*

gegen durfte Niemand die Ablegung eines Zeugnißes verweigern, der dazu war aufgefordert worden, auch selbst Magistratspersonen nicht, wenn es die Sache erforderte, und dieselben gerade gegenwärtig waren. Ohne Zweifel in dieser Beziehung sagt daher Arcadius Charisius *L.* 21. §. 1. *D. h. t.* Illud quoque incunctabile [94])

graec. ad §. 6. *I. de testam. ord.* ἔτι δὲ καὶ ὁ *improbus intestabilisque.* Τίς δέ οὗτός ἐστιν; οἷον διαθεμένου τινὸς, εκλήθη Τιτιος ἐπὶ μαρτυρίαν· ἐμαρτύρησε, τουτέστιν ὑπέγραψεν ἐν τῇ διαθήκῃ, κατεσφράγισε· τελευτήσαντος τοῦ τεστάτωρος, οὐκ ἠθέλησε παραγενέσθαι καὶ μαρτυρῆσαι, ὅτι αὐτοῦ ἐστιν ἥτε ὑπογραφὴ καὶ ἡ σφραγίς· μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι, καὶ οὐκ ἐῶσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης· οὐδὲ διδόασιν αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παῤῥησίαν, οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρου διατιθεμένου· λέγεται δέ ὁ τοιοῦτος *improbus, intestabilisque.* — *Item et improbus intestabilisque. Sed quisnam hic est? veluti: testante aliquo, vocatus fuit Titius ad testimonium; testis fuit, hoc est, subscripsit in testamento, et signavit. Mortuo testatore, noluit adesse ac testimonium perhibere, suam esse et subscriptionem et signum. Oderunt hunc leges, neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento: neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse alio testamentum condente. Dicitur autem hic improbus intestabilisque.* Man sehe auch *L.* 18. §. 1. *D. Qui testam. fac. poss. Jac.* Raevardus ad Leges XII. Tabular. lib. sing. Cap. 10. *Oper.* Tom. I. pag. 40. sq. *Jo. Ortw.* Westenberg Divus Marcus Diss. VIII. §. 6. und Oiselius ad *Gellium* c. l. sec. edit. *Jo. Lud.* Conradi P. II. p. 283.

94) *Incunctabile* kommt hier in der seltenen Bedeutung vor, daß es soviel heißt, als quod nullam habet dubita

est, ut, si res exigit, non tantum privati, sed etiam *Magistratus*, si in praesenti sunt, testimonium dicant. Idem Senatus censuit, Praetorem testimonium dare debere, in iudicio adulterii causa. Nicht nur die letztern Worte dieser Gesetzstelle, sondern die ganze Reihe der vorhergehenden Fragmente von der L. 19 an, welche aus des Ulpianus *lib. VIII. de officio Proconsulis* genommen ist, in welchem Buche Ulpian blos von Verbrechen handelte [95]), überzeugt uns davon, daß auch Arcadius Charisius von Zeugen in Criminalgerichten gehandelt habe. Eben dieses bestätiget überdem eine Stelle aus Quinctilian [96]), welcher sagt: Duo genera sunt testium, aut *voluntariorum*, aut eorum, *quibus iudex in publicis iudiciis lege denunciari solet*. Die Lex, deren hier Quinctilian gedenkt, kann die *Lex Julia publicorum iudiciorum* seyn, deren Paulus *L. 4. D. h. t.* Erwähnung thut, und welche auch bestimmte, cui haud invito denuncietur testimonium; oder auch eine andere Lex. Denn auch die *Lex Julia de vi* handelte von Zeugen im Criminalprozeß, wie eine Stelle aus Ulpians *libro VIII. de officio Proconsulis* in der Collatio Mosaicar. et Romanar. Legum Tit. IX. §. 2. erweißt. Daher spricht Cajus *L. 5. D. h. t.* von Gesetzen, nach welchen gewisse Personen ausnahmsweise nicht sollen genöthigt werden können. S. Brissonius de Verb. iur. Signif. h. v. und Noordkerk Observat. Decad. pag. 85.

95) S. *L. 1. D. de Quaestion.* und *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. C. Th. 5.

96) *Institut. Orator. Lib. V. Cap. 7.*

nen, ein Zeugniß abzulegen [97]). Allein Kr. Justinian hob diese Einschränkung auf, und dehnte die Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses auch auf Civilsachen aus. Es befinden sich darüber zwey Verordnungen desselben im Codex.

1) Die *L.* 16. *Cod. h. t.* Diese Constitution, welche in den glossirten Handschriften und Ausgaben nicht befindlich ist, hat Cujaz [98]) aus den Basiliken restituirt, und Contius in das Lateinische übersetzt, und so zuerst dem Codex wiedergegeben. Sie lautet nach der lateinischen Uebersetznng folgendermassen.

Constitutio iubet non solum in criminalibus iudiciis, sed etiam in pecuniariis unumquemque cogi testimonium perhibere de his, quae novit, cum sacramenti praestatione, vel iurare, se nihil compertum habere, exceptis tamen personis, quae legibus prohibentur ad testimonium cogi, et etiam illustribus, et his, qui supra illustres sunt, nisi sacra forma interveniat, et si quidem in regia urbe testes habitent, cogit eos propria voce testimonia ferre; si vero non adfuerint, mitti ad eos iubet procuratores partium, ut apud eos deponant, quae noverint, vel dejerent, quae ignorant. Eodem proculdubio observando et in testimonio, quod in gestis fit, nempe ut eaedem personae ab eius necessitate excipiantur.

97) S. Rau Diss. cit. de Aurelio Arcadio Charisio JCto. Cap. IV. pag. 12.

98) Observation. Lib. VIII. cap. 13. und Lib. XIII. cap. 38.

2) Die *L. 19. Cod. eodem.* JUSTINIANUS *A. Juliano P. P.* Si quando invitos testes in pecuniariis causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fidejussionem suae personae sine damno praestare velint [99]) hoc fieri: sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus [100]). Si enim pro toto litis certamine iuriiurando testium credendum esse putaverint hi, qui eos produxerint: multo magis praesentiam suam testibus sacramento eorum credere debent [1]). Sed cum minime oporteat testes in huiusmodi casibus protelari, et pro alienis commodis suas invenire difficultates: disponimus, non amplius testes observare compelli iudices, postquam fuerint admoniti, nisi tantum quindecim dies: intra quos iudices provideant, quatenus cognitionem suscipiant, in qua testes necessarii visi fuerint: ut omnino licentia eis concedatur, et alterutra parte cessante, et minime eos observare volente, si per exsecutores

99) In den *Basilicis* Tom. II. Lib. XXI. Tit. 1. Const. 42. heißt es: εἰ μὲν αὐτὸς ἑκουσίως ἐγγυητὴν βούλεται δοῦναι τῆς ἑαυτοῦ παραστάσεως, d. i. si quidem sua sponte satisdare iudicio sistendi causa velit. Der Zeuge soll also einen Bürgen stellen können, daß er sich zur Vernehmung vor Gericht stellen wolle.

100) D. h. die Zeugen sollen nicht zur Sicherheit in Verhaft genommen werden, sondern juratorische Caution leisten.

1) In den Basiliken a. a. O. heißt es: πολλῷ μᾶλλον ὑπὲρ τῆς ἑαυτοῦ παρουσίας ὀμνύων ὀφείλει πιστεύεσθαι. i. e. *multo magis eis de personae suae praesentia iurantibus, credendum est.*

admoniti venire noluerint, testes accipere, et alterutra parte praesente, quae eos introducit, testimonia eorum capere. His autem diebus effluentibus, liceat quidem testibus discedere a iudice, nullam habente licentiam eos, postquam abfuerint, iterum retrahere. Ipsum autem iudicem, si per eum steterit, quominus testimonium praestetur, parti laesae omnem iacturam pro huiusmodi causa illatam ex suis facultatibus resarcire disponimus [2]).

Nach diesen Verordnungen kann also Niemand das Zeugniß verweigern, wozu er aufgefordert ist, die Sache sey eine Criminal- oder Civilsache [3]). Doch dürfen

1) alle Personen, welchen sogar verboten ist, etwas zu entdecken, nicht zum Zeugniß gezwungen werden. Dahin gehören a) Advocaten und Sachwalter in Ansehung der ihnen von ihren Clienten anvertrauten Geheimnisse. Denn sie würden sich des Verbrechens der Prävarication schuldig machen [4]). b) Geistliche, in Ansehung desjeni-

2) Die Zeugen sollen sich also längstens funfzehn Tage an dem Gerichtsorte aufhalten. Werden sie binnen dieser Zeit nicht vernommen, so können sie wieder nach Hause gehen, und dürfen dann nicht weiter vorgeladen werden; der Richter aber, wenn er die Vernehmung derselben ungebührlich verzögerte, ist der producentischen Parthey den Schaden zu ersetzen schuldig.

3) Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XXV. cap. 8. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 13.

4) *L. ult. D. de testib. Cap. ult. eodem in VIto.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. Voc. *Advocatus.* Man sehe jedoch Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 17.

gen, was ihnen unter dem Siegel der Beichte entdeckt worden ist. Man versteht unter dem Beichtsiegel (Sigillum confessionis) die von den Gesetzen den Priestern auferlegte Verbindlichkeit zur Beobachtung der genauesten Verschwiegenheit in Betreff alles desjenigen, was ihnen im Beichtstuhle offenbaret worden ist. In Gratians Decrete findet sich unter dem Namen Gregor's des Großen ein Canon; es ist *can.* 2. *Dist* 6. *de poenitentia,* welcher folgendergestalt lautet: Sacerdos ante omnia caveat, ne de his, qui ei confitentur peccata, alicui recitet, non propinquis, non extraneis, neque, quod absit, pro aliquo scandalo. Nam si hoc fecerit, deponatur, et omnibus diebus vitae suae ignominiosus peregrinando pergat. Könnte man dem Gratian Glauben beymessen, so wäre dieß die älteste Verordnung über das Beichtsiegel in dem Canonischen Rechte. Allein schon Berardi [5]) hat dagegen erinnert, daß sich in den Briefen und Büchern Gregor's des Großen hiervon weiter nichts finde, als daß er *Lib. III. Moralium cap.* 3. wo er von heimlichen Sünden spricht, sagt: honore tegminis velantur. Seinem Inhalt nach scheint also der Canon viel neuer, und aus verschiedenen Concilien-Schlüssen zusammengesetzt zu seyn. Die ersten Spuren enthält vielleicht die zweyte Kirchenversammlung zu Douzi in der Provinz Rheims, welche im Jahre 874. gehalten wurde. In dieser heißt es

5) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, corrupti ad emendatior. Codicum fidem exacti, difficiliores commoda interpretatione illustrati opera et studio *Car. Seb.* Berardi P. II. Tom. II. Cap. 59. pag. 145. (*Venetiis* 1777. 4.)

Can. 8. Omnes tam clerici, quam laici, vel foeminae, confitentes secreta confessione Sacerdotibus peccata sua, et ex dignae poenitentiae satisfactione deflentes, nequaquam sunt prodendi, et peccata eorum nulli a Sacerdote quacunque sunt significatione manifestanda, nisi soli Domino in secreta oratione [6]). In einer neuern Kirchenversammlung zu Rouen vom Jahr 1074. wurde das Nämliche wiederholt, und in dessen letzten Canon, worin Verschiedenes für die Priester von der Beichte verordnet worden, wird hinzugefügt: *Sic tamen ut iure confessionis secreto peccantis persona nulli detegatur.* Weil dieses Concilium unter dem Pabst Gregor VII. gehalten wurde, so kann es allerdings daher gekommen seyn, daß der in Gratians Decrete aus diesen Concilien entlehnte Canon einem Gregor ist zugeeignet worden, und weil weder in jenem noch diesem Concilium eine Strafe auf die Verletzung des Beichtsiegels war bestimmt worden, so scheint es, daß auch diese in der Folge dem Canon beygefügt worden ist. Man glaubt fast durchgehends, das Canonische Recht habe die Heiligkeit des Beichtsiegels auf den Grund gebauet, man beichte nicht dem Priester, sondern Gott, dessen Stelle der Priester blos vertrete. Diesen Grund machte auch selbst Luther [7]) zu dem seinigen, und mehrere der älteren protestantischen Rechtsgelehrten [8]) gaben ihm Beyfall. Allein daß die Decretale, welche man dafür anzuführen pflegt, es ist das *Cap. 2. X. de officio iudicis ordinarii*, von dem Beicht-

6) Harduini Concil. T. VI. P. I. pag. 143.

7) S. Desselben Tischreden Kap. 14.

8) Carpzov Jurisprud. eccles. Lib. III. Def. 25. nr. 8. und Beyer Diss. de sigillo confessionis. Cap. II. §. 19.

siegel gar nicht rede, davon wird eine richtige Erklärung derselben Jedem die volle Ueberzeugung geben. Die Ueberschrift eignet sie dem Pabst Eugen zu, sie rührt aber vielmehr vom Pabst Alexander III. her, wie Böhmer [9]) und schon vor ihm Janus a Costa [10]) bewiesen hat. Die Worte derselben lauten folgender gestalt. Si sacerdos sciat pro certo, aliquem esse reum alicuius criminis, vel si confessus fuerit, et emendare noluerit; nisi iudiciario ordine quis probare possit: non debet eum arguere nominatim, sed indeterminate, sicut dixit Christus: *unus vestrum me traditurus est.* Sed si ille, cui damnum illatum est, petierit iustitiam; potest excommunicare auctorem damni: licet etiam ei confessus sit. Sed tamen non nominatim potest eum removere a communione, licet sciat, eum esse reum: *quia non ut iudex scit, sed ut Deus.* Sed debet eum admonere, ne se ingerat: quia nec Christus Judam a communione removit.

Pabst Alexander entscheidet hier die Frage, ob ein geistlicher Richter, oder auch ein Priester, jedoch auch nur, insofern er in der Qualität eines Judex zu betrachten ist, wenn er zwar für seine Person, als Mensch, gewiß weiß, daß ein Verbrechen begangen sey, oder wenn es auch der Verbrecher selbst gebeichtet hat, aber dennoch keine Genugthuung leisten will, weil es an Beweisen fehlt, wodurch die That auf dem rechtlichen Wege dargethan werden

9) Not. ad Cap. 2. cit. Tom. II. Corp. iur. canon. p. 168.

10) In Decretales Gregorii IX. Summaria et Commentar. pag. 157.

könnte, dennoch den bewußten Verbrecher, als solchen, gerichtlich anschuldigen und verurtheilen könne? Der Pabst entscheidet diese Frage verneinend, nach den Gesetzen der damals bestehenden Gerichtsverfassung. Denn noch kannte man den inquisitorischen Prozeß nicht, und ohne einen legitimen Ankläger fand keine Verurtheilung Statt [11]). Wie durfte es aber der Richter wagen, als Ankläger aufzutreten [12])? und wie konnte man ihm hier allein glauben, ohne weitere Beweise [13])? Zwar weiß er das Verbrechen so gewiß, wie Gott; aber er weiß es nicht als Richter, als solcher erwartet er die Beweise von dem Ankläger, und dieser ist hier nicht vorhanden. Daher giebt nun der Pabst dem Richter folgende Verhaltungsregeln. Erstens, er soll den ihm bekannten Verbrecher nicht namentlich als Verbrecher darstellen, sondern unbestimmt. Er soll es machen, wie Christus that, als er sprach: Einer von euch wird mich verrathen. Zweytens, fordert aber der Beschädigte Justiz, so kann er zwar den bewußten Thäter excommuniciren, jedoch soll er ihn wieder nicht mit Namen nennen. Denn zu einer namentlichen Exkommunication gehört, daß die Missethat notorisch, oder evident erwiesen sey [14]). Wo ist nun hier von einer Stellvertretung Gottes im Beichtstuhle die Rede? Beruhet nicht alles auf einem Mißverstande der Worte: *quia non ut iudex scit, sed ut Deus* [15])?

11) *Can.* 4. *Caus. II. Qu.* 1.

12) *Can.* 18. *Caus. II. Qu.* 1.

13) Can. 3. *Caus. VI. Qu.* 2.

14) Ivo Epist. 97.

15) Man vergleiche hier vorzüglich die treffliche Abhandlung des Hrn. Dr. Andres über das Beichtsiegel, und die

Die Frage von der Unverbrüchlichkeit des Beichtsiegels hat überhaupt nur für Katholiken ein vorzügliches Interesse, nach deren Lehre eine specifische und umständliche Erzählung aller begangenen einzelnen Sünden und Verbrechen, sollten es auch die schwersten seyn, zur Wesenheit der Beichte gehört. Ein solches Detail machte nun freylich die Begründung des festen Glaubens an die ewige Verschwiegenheit des Beichtvaters nothwendig. Daß es sich mit der Beichte der Protestanten nicht eben so verhalte, ist bekannt. Macht nicht der Protestant seinen Beichtvater freywillig zu seinem Gewissensrathe, so genügt das allgemeine reuevolle Bekenntniß seiner Sündlichkeit zur Lossprechung. Er setzt also Nichts, während der Katholik durch seine Beichte Alles auf's Spiel setzt. Da indessen Beyde die schon natürlich streng fesselnde Pflicht, Geheimniße nicht zu verrathen, anerkennen, so kommen auch Beyde in folgenden Grundsätzen überein.

1) Ein Priester darf dasjenige, was ihm unter dem Siegel der geistlichen Amtsverschwiegenheit ist anvertraut worden, Niemandem offenbaren, auch selbst der Obrigkeit nicht anzeigen. Auf eine solche Anzeige kann keine Untersuchung gegründet werden, weil sich der Denunciant dadurch, daß er eine pflichtwidrige Handlung begieng, alles Glaubens unwürdig gemacht hat [16]. Ein Beichtpriester, welcher das Siegel der Beichte verletzt, macht sich eines

daraus abgeleitete Freyheit des Beichtpriesters von der Zeugschaft; im neuen Archiv des Criminalrechts 1. B. 4. St. Nr. XXV. S. 568—574.

16) Joh. Ge. Pertsch Recht der Beichtstühle. 2. Abth. 4. Hauptst. §. 18. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 318.

Verbrechens schuldig, welches sowohl bey den Katholiken, als Protestanten mit dem Verlust des Amts [17]), nach dem Canonischen Recht aber, welches diese Verletzung als ein die Majestät des Sacraments entheiligendes Verbrechen (Sacrilegium) ansieht, noch insonderheit mit lebenslänglicher Einsperrung in ein Kloster zur ewigen Buße bestraft wird. Caveat autem omnino (Sacerdos), so verordnete Pabst Innocenz III. auf einem General-Concilium im Jahre 1216. [18]) ne verbo aut signo, aut alio quovis modo aliquatenus prodat peccatorem. Sed si prudentiori consilio indiguerit, illud absque ulla expressione personae caute requirat: quoniam, qui peccatum in poenitentiali iudicio sibi detectum praesumpserit revelare, *non solum a sacerdotali officio deponendum decernimus, verum etiam ad agendam perpetuam poenitentiam in arctum monasterium detrudendum.*

2) Es darf auch kein Geistlicher wegen dessen, was ihm in der Beichte eröffnet worden ist, zum gerichtlichen Zeugniß aufgefordert werden, weil Niemand gezwungen werden kann pflichtwidrig zu handeln [19]). Ein solches Zeugniß begründet nicht einmal eine zum Reinigungseide genügende Anzeige [20]). Genau erwogen hat auch der Beichtvater

17) Pertsch a. a. O. §. 30.

18) *Cap. 12. X. de poenitent. et remission.*

19) *Cap. 13. X. de excessib. praelator.*

20) Pertsch a. a. O. §. 17. Boehmer ius eccles. Protest. Lib. V. Tit. 38. §. 48. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 610. et 644.

nicht einmal die Qualität eines Zeugen [21]. Denn das Factum selbst kann er nicht bezeugen, weil es nicht in seiner Gegenwart geschahe. Er kann also nur darüber deponiren, was ihm der Verbrecher von sich bekannt hat. Dieß wäre dann aber doch nur eine Anzeige, welche blos auf dem in der Beichte angeblich gethanen Geständnisse beruht, und welches, im Falle beharrlichen Läugnens, durch Nichts genügend bewiesen werden kann. Von einem Beweise der That selbst kann also auf keine Weise die Rede seyn, der Beweis könnte mithin doch nur das angebliche Geständniß betreffen; und auch dieser würde nicht genügen.

Soviel nun hiernächst die Frage anbetrifft, wie weit sich die Unverletzlichkeit des Beichtsiegels erstrecke, so weichen hierin die Grundsätze der Katholiken und Protestanten von einander ab. Nach den Grundsätzen der erstern erstreckt sich das Beichtsiegel auf alle und jede von dem Confitenten schon begangene, und noch zu begehenden Verbrechen. Man läßt nur eine Ausnahme zu, wenn der Pönitent seinem Beichtvater ganz bestimmt die Erlaubniß ertheilt hat, das ihm Offenbarte der Obrigkeit anzuzeigen. Ausserdem soll selbst die Abwendung der Todesgefahr eines Unschuldigen kein zureichender Grund seyn, die Verletzung des Beichtsiegels zu rechtfertigen, oder zu entschuldigen. Jedoch giebt man dem beichthörenden Geistlichen zur Abwendung der Gefahr und zu befürchtender Uebel folgende Mittel an die Hand. 1) Nachdrückliche Ermahnungen des Pönitenten, von der Begehung oder längern Fortsetzung eines Verbrechens abzustehen, den zugefügten Schaden zu

21) Man sehe hier wieder die oben angef. Abhandlung des D. Andres über das Beichtsiegel, im 2. B. des neuen Archivs des Crim. Rechts. S. 166.

ersetzen, den unschuldig Leidenden zu retten, und diesem nicht auf eine ungerechte Art seiner Erhaltung aufzuopfern. 2) Verweigerung der sacramentalischen Lossprechung, wenn nicht der Pönitent dieses Alles auf das heiligste verspricht. 3) Bestimmung des Beichtenden, daß er dem beichthörenden Priester die Erlaubniß ertheile, die noch im Werden begriffene Missethat zur Verhütung derselben anzuzeigen, und wenn diese Mittel vergeblich wären versucht worden, 4) Warnung desjenigen, welchem nach der im Beichtstuhle erhaltenen Kenntniß eine Gefahr bevorsteht, doch nur im allgemeinen und auf eine solche Art, daß das Beichtsiegel dadurch auf keine Weise verletzt werde [22]. Allein nach den Grundsätzen der Protestanten geht das Beichtsiegel nur auf schon begangene, nicht auf noch zu begehende Verbrechen, wenn sie besonders dem Staate oder anderen Personen sehr nachtheilig seyn würden, und der Versuch, durch eindringende Vorstellungen und Ermahnungen den bösen Willen des Confitenten zu beugen und zu bessern, fruchtlos gewesen ist [23]. Denn es tritt hier die Pflicht ein, die jedem

22) S. den Versuch einer theol. jurist. Abhandlung über das Wesen und den Unterschied des katholischen und protestantischen Beichtsiegels, hauptsächlich in Beziehung auf Entdeckung und Beweis begangener, wie auch auf Verhütung künftiger Verbrechen. Bamberg 1813. 8. §. 23. ff.

23) Pertsch a. a. O. §. 19. BOEHMER iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 38. §. 50. *Salom.* DEYLING Institut. prudentiae pastoral. P. III. Cap. IV. §. 43. Eben dieser Lehre giebt auch Dr. Andres in der angef. Abhandlung Beyfall, und hat sie im neuen Archiv des Crim. Rechts 1. B. 4. Heft Nr. 25. mit vielen Gründen unterstützt.

Staatsbürger, und also auch den Geistlichen obliegt, Verbrechen, wovon man Wissenschaft erhalten hat, wenn sie von der Art sind, daß dadurch die Sicherheit des Staats, oder das Leben, oder Vermögen eines Menschen einer erheblichen Gefahr ausgesetzt werden würde, der Obrigkeit, oder demjenigen anzuzeigen, gegen welchen das vorhabende Verbrechen gerichtet ist. Der Geistliche handelt also gegen seine Pflicht, wenn er zu einem noch bevorstehenden Verbrechen schweigt, und macht sich, wenn es geschieht, verantwortlich, da er es durch zeitige Anzeige hätte abwenden können. Es läßt sich auch in der That in Absicht auf die erst noch zu begehenden Verbrechen keine eigentliche Buße gedenken, als welche sich ihrer Natur nach nur auf die Vergangenheit beschränkt, und sich ohne Widerspruch nicht auf die Zukunft ausdehnen läßt. Es fällt also hier aller Grund zur Beobachtung des Beichtsiegels weg. Ganz diesen Grundsätzen gemäß verordnet das Preußische Gesetzbuch [24]: „1) Was einem Geistlichen unter dem Siegel der Beichte oder der geistlichen Amtsverschwiegenheit anvertrauet worden, das muß er, bey Verlust seines Amts, geheimhalten. 2) Auch zum gerichtlichen Zeugniß über den Inhalt solcher Eröfnungen kann ein Geistlicher, ohne den Willen desjenigen, der ihm dieselben anvertraut hat, nicht aufgefordert werden. 3) Soweit aber die Offenbarung eines solchen Geheimnißes nothwendig ist, um eine dem Staate drohende Gefahr abzuwenden, oder ein Verbrechen zu verhüten, oder den schädlichen Folgen eines schon begangenen Verbrechens abzuhelfen, oder vorzubeugen, muß der Geistliche dasselbe der Obrigkeit anzeigen."

2) Kann auch Niemand genöthiget werden, gegen

24) Allg. Preuß. Landrecht 2. Th. 11. Tit. §. 80. 81. 82.

seine Schwiegereltern, und Schwiegerkinder, gegen Stiefeltern und Stiefkinder, gegen Vettern und Basen, so wie gegen diejenigen, mit denen er Geschwister Kind ist, und die von ihnen im nächsten Grade abstammen, ein Zeugniß abzulegen. So lehrt Paulus *L. 4. D. h. t.* wo er sagt:

Lege Julia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denuncietur ut testimonium dicat *adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino sobrinave natum, eosve, qui propriore gradu sunt.*

Es wird jedoch hier überall eine rechtmäßige Ehe vorausgesetzt. Daher läßt sich erklären, wie Paulus, aus dessen *libro II. ad Legem Juliam et Papiam* dieses Fragment genommen ist, bey der Erklärung der in der Ueberschrift gedachten Gesetze auf die Lex Julia publicorum iudiciorum kommen konnte, weil nämlich das darin gestattete Privilegium bey einer unrechtmäßigen Ehe wegfällt [25]. Wenn nun gleich Paulus eigentlich nur von der Zeugschaft im Criminalprozeß redet, so hat doch Justinian dasselbe auch auf den Civilprozeß ausgedehnt, in welchem also den gedachten verschwägerten und verwandten Personen bis zum sechsten Grade das nämliche Privilegium zusteht, wie aus den Worten der *L. 16. C. h. t.* exceptis personis, *quae Lege prohibentur ad testi-*

25) S. Heineccius ad Leg. Juliam et Papiam Poppaeam Comment. Lib. II. Cap. 6. §. 3. und *Matth.* Temminck Diss. ad fragmenta quaedam Legis Juliae de iudiciis. Cap. 3. in Oelrichs *Thes. nov. Dissertat. iurid. Belgicar.* T. II. Vol. II. pag. 85. sqq.

monium cogi, erhellet [26]. Cajus fügt noch zur Erläuterung der Ausdrücke gener und socer in der folgenden *L.* 5. *h. t.* welches Fragment ebenfalls aus dessen Commentar über die Lex Julia und Papia entlehnt ist, hinzu, daß unter jenem auch der Bräutigam der Tochter, so wie unter diesem der Vater der Braut verstanden werde.

In legibus, sagt er, quibus excipitur, ne gener, aut socer invitus testimonium dicere cogatur, *generi* appellatione sponsum quoque filiae contineri placet, item *soceri* sponsae patrem [27].

Von leiblichen Eltern und Kindern, von Geschwistern, Eheleuten und Verlobten ist also hier nirgends die Rede, weil diese, wenn sie auch wollten, wider einander nicht zum Zeugniß zugelassen werden könnten [28]. Es ist daher den angeführten Gesetzen nicht gemäß, wenn der Satz aufgestellt wird: „Niemand braucht sich gegen seinen Ehegatten, gegen seine Ascendenten, Descendenten und Geschwister, sie

26) S. Westenberg Divus Marcus Diss. VIII. §. 9.

27) *L.* 8. *D. de gradib. et adfin.* Cujacius in Recitat. ad Tit. Pand. de gradib. et adfinib. hat hierbey noch die sehr richtige Bemerkung gemacht, daß durch das Wort *socer* alle Grade der Schwiegereltern, so wie durch die Benennung *gener* alle Grade der Schwiegerkinder angedeutet werden sollen. Ein Gleiches gilt von den Ausdrücken *Vitricus* und *Privignus*, und das Masculinum begreift auch die Frauenspersonen unter sich. *L.* 146. *L.* 195. *D. de Verb. Signif.* *L.* 3. §. 1. *D. de negot. gest.*

28) S. Duarenus ad h. Tit. Pand. Cap. 2. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. Temminck cit. Diss. ad fragmenta quaedam Legis Juliae de iudiciis. Cap. 3. pag. 96. Man sehe auch Hellfeld §. 1207.

seyen dieß durch Verwandtschaft, oder durch Schwägerschaft, abhören zu lassen [29]."

Ob aber die vom Paulus angeführte Lex Julia auch noch dann gilt, wenn durch den Tod die Ehe getrennt, und hiermit die Schwägerschaft aufgehoben ist, ist streitig. Ulrich Huber [30]) trägt kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, und zwar aus dem Grunde, weil auch der Bräutigam nicht gegen den Vater der Braut, und umgekehrt die Braut nicht wider den Vater des Bräutigams, zum Zeugniß genöthiget werden kann. Allein dieses Argument ist nicht bündig, weil ja zwischen diesen Personen wenigstens ein analoges Verhältniß Statt findet, welches man eine Quasi-Adfinität zu nennen pflegt. Richtiger ist daher jene Frage zu verneinen. Denn nur das durch Affinität entstandene Ehehinderniß bleibt auch noch nach Aufhebung derselben fortdauernd, alle übrige Wirkungen aber erlöschen [31]).

3) Auch Greise, Kranke, Soldaten, ferner diejenigen, welche in Begleitung des Magistrats reipublicae causa abwesend oder sonst vor Gericht zu erscheinen gehindert sind, sollen nicht wider ihren Willen Zeugniß abzulegen genöthiget werden.

Scaevola *libro IV. Regularum* [32]). Inviti te-

29) S. Schweppe römisches Privatrecht. §. 610. Nr. 2. der 2ten Ausgabe.

30) Praelect. ad Pand. h. t. §. 16.

31) S. Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. II. Obs. 381. nr. 6. und *Chr. Th.* Gmelin Diss. de vero conceptu affinitatis. *Tüb.* 1801. §. 10.

32) *L.* 8. *D. h. t.*

stimonium dicere non coguntur senes, valetudinarii, vel milites, vel illi, qui cum magistratu reipublicae causa absunt, vel quibus venire non licet.

Es fragt sich aber, ob diese Personen nun gar nicht abzuhören sind, oder nur nicht wider ihren Willen im Gericht zu erscheinen brauchen? Da nach der ältern römischen Gerichtsordnung die Gegenwart der Zeugen schlechterdings nothwendig war, so konnten solche Personen, die nicht vor Gericht ihr Zeugniß ablegen konnten, auch gar nicht einmal zu Zeugen ernannt werden [33]. Weil jedoch nach dem neuern Rechte [34] diese Gegenwart vor Gericht nicht mehr schlechterdings nothwendig ist, so brauchen diese Personen nur nicht vor Gericht zu erscheinen, sondern sie können durch eine Gerichtsdeputation auch zu Hause, oder durch Requisition an dem Orte ihres gegenwärtigen Aufenthalts vernommen werden [35], wie Cujaz [36], Donellus [37] und Westenberg [38] diese Stelle verstehen. Daß diese Personen nicht schlechterdings excusirt sind, wenn sie zu Zeugen ernannt worden, erhellet theils aus *L.* 6. §. *ult. D. h. t.* wo Callistratus sagt: Testes non temere evocandi sunt per longum iter, et multo minus

33) S. *Franc.* Duarenus c. l. *Operum* pag. 949.

34) *L.* 16. *Cod. h. t.*

35) Arg. *L.* 15. *D. de iureiur.* Ad personas egregias, eosque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad jurandum.

36) Recitatt. solemn. ad h. Tit. Pand. *Operum* a Fabroto editor. Tom. IV. P. I. pag. 928.

37) Commentarior. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 9.

38) Divus Marcus. Diss. VIII. §. 10.

milites avocandi sunt a signis vel muneribus [39]) perhibendi testimonii causa: idque Divus Hadrianus rescripsit; theil daraus, weil eine gleiche Excusation auch denen gestattet wird: *quibus venire non licet.* Es liegt also der Grund der Excusation, welche den gedachten Personen gestattet wird, offenbar nur darin, *quia venire non possunt.* Auf gleiche Weise ist denn auch die Stelle aus Ulpians libro VIII. de officio Proconsulis zu verstehen, welche nach *L.* 19. *h. t.* folgendergestalt lautet.

Inviti testimonium non dicunt publicani; item is, qui non detrectandi testimonii causa abierit; item is, qui quid exercitui praebendum [40]) conduxerit.

39) Diese Leseart, mit welcher auch Cod. Erl. übereinstimmt, ist ohnstreitig richtiger, als wenn Brenkman und Catharinus in Observat. cap. 11. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. I. pag. 488.) mit den Basiliken *numeris* lesen wollen, wie Gebauer in der Göttinger Ausgabe, und Schrader ad h. Tit. pag. 42. not. b. erinnert haben.

40) So lieset Taurellius, und diese Leseart vertheidiget Cujacius Observation. Lib. II. Observation. Cap. 25. dem auch *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. lection. iuris civ. ad h. L. pag. 13. beystimmt. Der Sinn ist also nach dieser Leseart: *at invitus testimonium non dicet, qui vestimenta, frumentum, vinum, aut aliquid aliud exercitui praebendum certa pecunia conduxerit.* Gegen diejenigen, welche statt praebendum, vielmehr *praebenda* lesen wollen, eifert besonders *Jac.* Raevardus Varior. Lib. V. Cap. 4. (*Operum* Tom. I. p. 66.) Die Aedilen verpachteten zwar die Praebenda, wie Plautus in seinem Mercator sagt, allein die Lieferungen alle zu pachten, war eines Einzigen Sache nicht, wie Festus voc. *Redemptores* lehrt. Er hält daher auch die

Pächter öffentlicher Einkünfte, welchen ihre Geschäfte nicht erlauben vor Gericht zu erscheinen, können dazu, um eines Zeugnißes willen, eben so wenig genöthiget werden, als Abwesende deshalb zurückzukehren brauchen, wofern sie nur nicht absichtlich durch ihre Abwesenheit der Ablegung des Zeugnißes auszuweichen gesucht haben. Eine gleiche Excusation kommt demjenigen zu statten, der die Lieferungen zur Armee gepachtet hat.

4) Niemand braucht auch über Dinge auszusagen, welche ihm nachtheilig werden können, oder auch ihn zur Beschimpfung gereichen [41]. Die Reichsgesetze [42] verbieten sogar interrogatoria criminosa, et quae turpitudinem respondentis continent, bey willkührlicher Strafe, und der Zeuge soll darüber nicht befragt werden.

Die Zwangsmittel bey Zeugen sind übrigens Geldstrafe und Gefängniß [43], ja im peinlichen Prozeß ward

florentinische Leseart für die allein richtige. *Guil.* Budaeus Annotat. prior. et posterior. in Pand. ad h. L. fol. 200 b. lieset *praebendam* conduxerit. Denn so lesen alle Handschriften. Dieß soll auch die ursprüngliche florentinische Leseart seyn, und dann sey annona darunter zu verstehen. Dieser Leseart giebt auch Schrader ad h. Tit. pag. 60. not. b. den Vorzug, und hat sie noch mit Stellen aus Symmachus und Cassiodor bestärkt. So lieset auch unser Cod. Erl.

41) *Frid. Es. a* Puffendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Observat. 19.

42) Jüngster Reichsabschied vom J. 1654. §. 53. S. Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 196.

43) *Can.* 80. *C. XI. Qu.* 3. *Cap.* 35. *in fin. X. de sentent. excommun. Sigm. Gottl.* Hillinger Diss.

ehedem bey beharrlicher Verweigerung sogar die Tortur für zuläßig gehalten [44]); und unser Hellfeld, so wie auch Quistorp [45]) sehen die Tortur noch jetzt als zuläßiges Zwangsmittel an, wenn die Wahrheit nicht anders erhalten werden kann, sofern nur erwiesen ist, daß die Zeugen von den Hauptumständen des Verbrechens Wissenschaft haben. Allein die Gesetze kennen die Tortur nur bey Sklaven [46]). Ueberdem ist ja die Tortur, wo sie noch nicht abgeschaft ist, nur das Mittel, einen Verdächtigen zum Geständniß zu zwingen; kann aber durchaus nicht angewendet werden, einen Ungehorsamen zur Außage zu nöthigen, indem eine solche erzwungene Zeugschaft erhebliche Zweifel gegen die Wahrheit derselben zurücklassen würde [47]). Da Verweigerung des Zeugnißes Verletzung der allgemeinen Bürgerpflicht ist; weil jeder Staatsbürger verbunden ist, die Erhaltung der öffentlichen Ordnung so viel möglich zu befördern; so wäre, wenn gelindere Mittel den Ungehorsam des Zeugen zu brechen nicht vermöchten, die Ausschließung von allen Rechten, die er, als Staatsbür-

de iure et modis testem renitentem legitime compellendi. Lips. 1711. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 13.

44) Tittmann Handbuch des peinl. Rechts. 4. Th. §. 762.

45) Grundsätze des peinl. Rechts. 2. Th. §. 702.

46) *L. 21. §. 2. D. h. t. L. 15. pr. L. 18. §. 3. de quaestion. Nov. XC. cap. 1.*

47) S. Kleinschrod über den Beweis durch Zeugen in peinl. Sachen. §. 33. im Archiv des Criminalprozeßes. 7. B. 2. St. Nr. I. S. 176. Mittermaier Handbuch des peinlichen Prozeßes. 2. Band. S. 139. f. Stübel Criminalverfahren in den deutschen Gerichten. 4. Band. §. 2441.

ger genießt, sofern die Wichtigkeit der Sache sein Zeugniß nothwendig macht, ein weit zweckmäßigeres Zwangsmittel [48].

Man behauptet auch, daß in solchen Fällen, wo die Wahrheit nicht anders entdeckt werden kann, selbst Eltern und Kinder und alle diejenigen, die sonst zur Ablegung eines Zeugnißes nicht gezwungen werden können, von der Verbindlichkeit zur Zeugnißablegung nicht freyzusprechen wären [49]. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. Das *cap.* 5. und *cap. ult.* X. *de testib. cogendis* reden zwar von einem Zwange der Zeugen, wenn die Wahrheit anders nicht herausgebracht werden kann; allein daß auch dann sogar diejenigen sollen gezwungen werden können, welche die Gesetze wegen ehelicher Verbindung oder nahen Verwandtschaft, oder Schwägerschaft von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses freysprechen, sagen sie nicht [50]. Im Civilprozeß läßt sich auch der Fall kaum denken, daß es an einem andern Beweismittel fehle, da ja immer die Eideszuschiebung zum Beweise dienen kann [51].

48) *Cap.* 2. *X. de testibus.* Kleinschrod a. a. O. §. 22. S. 175.

49) Quistorp a. a. O. S. 283. Tittmann Handbuch des peinlichen Rechts. a. a. O. S. 485.

50) S. Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 76. und Obs. 219. Reg. IX.

51) *L.* 25. §. 3. *D. de probat.*

§. 1179.

Beweisantretung durch Zeugen. Artikel. Directorium. Neue Zeugen.

Zur Antretung des Zeugenbeweises wird erfordert, daß nicht nur der Beweissatz genau bestimmt, sondern auch noch vor Ablauf der Beweisfrist die Zeugen benannt werden, welche über die Umstände des zu beweisenden Satzes vernommen werden sollen. Die Anzeige dieser Umstände pflegt gewöhnlich in Artikel abgefaßt zu werden; ja man behauptet insgemein, der Zeugenbeweis habe das Eigenthümliche, daß die Artikelform bey demselben nothwendig, bey den übrigen Beweisarten aber willkührlich sey [52]. Wie nachtheilig jedoch diese Artikel für die Beförderung der Wahrheit sind, hat Gönner [53]) ganz augenscheinlich dargethan. Nöthig aber ist eine genaue Bezeichnung der einzelnen Zeugen, nebst der Anzeige der Artikel, worüber jeder Zeuge zu vernehmen ist, welche man das *Directorium* zu nennen pflegt. Ob es dem Beweisführer erlaubt sey, noch nach Ablauf des Beweistermins neue Zeugen zu produciren, wenn es solche sind, von denen er zur Zeit des angetretenen Beweises keine Kenntniß gehabt, ist streitig. Hellfeld, und mehrere andere Rechtsgelehrte [54]) verneinen

52) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozeßes. §. 277. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 190.

53) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren. Motive. 2. Band, 2. Abthl. S. 484. ff.

54) Carpzov Jurisprud. for. P. I. Const. 16. Def. 6. nr. 8. Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 222. Boehmer Jur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 26. Biener Syst. Process. iudiciar. Tom. I. §. 130. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4486.

dieses schlechterdings. Allein, wenn nicht die besonderen Prozeßordnungen darüber ein Anderes bestimmt haben, so bringt es die allgemeine Begünstigung der Beweisführung mit sich, testes noviter repertos zuzulassen. Man läßt ja auch neugefundene Urkunden noch nach Ablauf der Beweisfrist zu, wenn nur der Producent eidlich bestärkt, daß er vor dem Ablaufe der Beweisfrist keine Wissenschaft davon gehabt habe[55]; warum sollte der Zeugenbeweis nicht gleiche Begünstigung verdienen? Und wenn man in der Praxis die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex clausula Praetoris generali wegen einer schuldlosen und unüberwindlichen Unwissenheit einer Parthey gern angedeihen läßt; so ist gewiß der Producent dieselbe in dem gegenwärtigen Falle zu suchen um so mehr berechtiget, weil er sonst ohne sein Verschulden einen unbilligen Schaden leiden würde[56]. Hommel[57] meint zwar, man müsse denn doch wohl noch einen Unterschied zwischen dem Kläger und dem Beklagten machen. Nur der letztere verdiene allein diese Begünstigung, der erstere nicht, quia paratus esse debebat, es wäre denn, daß er etwa zum Beweise der Replik, und also über Elisiv-Artikel Zeugen produciren wollte, die ihm vorher unbekannt waren, weil er hier

55) Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. XXII. §. 12. *Joh. Flor.* Rivinus Diss. de iuramento documentorum noviter repertorum. *Lipsiae* 1749.

56) S. *Ern. Gottfr. Christ.* Klügel Diss. de testibus noviter repertis. *Wittenberg.* 1765. und *Mich. God.* Wernher Lectiss. commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 22. pag. 234.

57) Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. VI. Obs. 762. nr. 5.

den favor rei zu genießen habe. Allein die angeführten Gründe streiten so gut für den Kläger, als den Beklagten. Daß an die Stelle eines vor der Abhörung verstorbenen Zeugen ein oder auch mehrere Zeugen substituirt werden können, hat keinen Zweifel. Es wird aber freylich vorausgesetzt, daß der Zeuge, zu der Zeit, da er ernannt wurde, noch gelebt habe, weil es dem Producenten billig zur Last zu legen ist, einen todten, statt eines lebenden Zeugen, ernannt zu haben [58]). Man nimmt indessen den Fall aus, da sich der Producent deshalb in einem entschuldbaren Irrthum befunden, und auch diesen Irrthum erweisen, oder wenigstens eidlich bestärken kann [59]). Die neuen Zeugen müssen nun zwar eigentlich über die nämlichen Artikel vernommen werden, worüber der verstorbene Zeuge hätte vernommen werden sollen, doch wird in einem solchen Falle nach der Praxis auch zuweilen die Einbringung neuer, oder Additional-Artikel für zuläßig gehalten, worüber der neue, oder die neuen Zeugen zu vernehmen sind [60]).

§. 1180.

Fortsetzung des Zeugenbeweises.

Die Fortsetzung des Zeugenbeweises geschieht durch Production der Zeugen. (§. 1181.) Zu dem Ende muß

58) *Mich. God.* WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. Part. II.h. t. §. 22. pag. 234. sq.

59) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. IV. Obs. 512. WERNHER Select. Obs. for. Tom. II. P. VII. Obs. 222. BIENER System. proc. iudiciar. Tom. I. §. 130. not. 5. Danz Grundsätze des gem. Proz. §. 307.

60) *Gottl.* WERNSDORFF Diss. de novis testibus, super novis etiam articulis probatorialibus examinandis. *Vitenb.* 1791.

nun der Richter ersucht werden, die Zeugen vorzuladen. Sodann werden die Beweis-Artikel dem Producten mitgetheilt, um zuläßige Fragstücke einzureichen. Die Vorladung der Zeugen geschieht entweder unmittelbar, oder, wenn sie einer fremden Gerichtsobrigkeit unterworfen sind, mittelst Erlassung eines Ersuchungsschreibens an dieselbe, die Zeugen entweder zur Vernehmung zu stellen, oder sie selbst über die zu dem Ende mitgetheilten Artikel zu vernehmen, und deren Aussagen mit dem Zeugen-Rotulus einzuschicken [61]. Billig müssen jedoch die Zeugen in diesem Falle wegen der Reise- und Zehrungskosten, so wie wegen Versäumniß von dem Producenten entschädiget werden [62].

§. 1181.

Production der Zeugen.

In dem anberaumten Productions-Termine muß nun der Producent die von ihm benannten Zeugen, wenn sie anwesend sind, den Richter mit der Bitte vorstellen, sie nach geschehener Vereidigung abzuhören. Diese Handlung wird die Production der Zeugen im eigentlichen Sinne genennt. Sind aber Zeugen ausgeblieben, so erklärt der Beweisführer, daß er dieselben dem Richter eben so, als ob sie erschienen wären, dargestellt haben wolle, welches man zum Unterschied jener eigentlichen Production, welche dann *productio realis* genennt wird, eine pro-

61) Danz Grundſ. des gem. Proz. §. 300.

62) *L.* 3. §. 4. *D. L.* 11. *et* 16. *Cod. h. t. Cap.* 11. *in fin. de rescript. in VIto.* Boehmer ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 32. Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Meditat. 128.

ductio verbalis zu nennen pflegt [63]). Der Producent klagt hierauf den Ungehorsam der abwesenden Zeugen an, und bittet den Richter sie nochmals bey Strafe vorzuladen [64]).

Die Ausführung des Zeugenbeweises geschieht nun durch die Vereidung und Vernehmung der Zeugen. Ueber den Ursprung des Zeugeneides sind zwar die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung, indem einige [65]) schon längst vor Constantin dem Großen Spuren von der Nothwendigkeit desselben sogar in Civilsachen bey den Classikern gefunden haben wollen. Allein die richtigere Meinung, welche Malblanc [66]) mit neuen überzeugenden Gründen unterstützt hat, ist ohnstreitig diejenige, nach welcher die Nothwendigkeit des Zeugeneides im Civilprozesse von Constantin dem Großen hergeleitet wird. Denn

63) Biener in Syst. process. iudic. Tom. I. §. 134. behauptet jedoch, die productio testium verbalis sey heutiges Tages nicht mehr gewöhnlich.

64) S. Danz Grundſ. des ord. Prozeßes. §. 306. Von den Folgen des Ungehorsams, wenn die Partheyen selbst nicht erscheinen, handelt ebenderselbe §. 304. u. 305. Man sehe jedoch von Gönner Bemerkung zu Danz Not. *. S. 456.

65) *Franc.* Polletus Histor. fori Rom. Lib. IV. cap. 13. und *Andr. Flor.* Rivinus Diss. de testibus iurisiurandi religione arctatis a Constantino M. iisdem tamen iam ante huius tempora in foro Rom. iurandi necessitate subjectis. *Halae* 1744.

66) Doctrina de iureiurando. §. 78. der neuen Ausgabe. *Tüb.* 1820. pag. 218 — 222.

die angeführten Zeugnisse der ältern Classiker[67]) reden blos von der Vereidigung der Zeugen in Criminalsachen, in welchen auch überhaupt schon früherhin ein Zwang zu Ablegung des Zeugnisses Statt fand. In Civilsachen, wo die Ablegung der Zeugnisse mehr freiwillig war, sahe man vorzüglich nur auf die Eigenschaften der Zeugen. Von einer Vereidung derselben aber vor Constantin findet sich keine Spur.

Die Constitution des Kaisers Constantin des Gr. lautet folgendermassen.

L. 9. *Cod. h. t.* Imp. CONSTANTINUS A. ad *Julianum* Praesidem. Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, jamdudum arctari praecepimus: et ut honestioribus potius testibus fides adhibeatur.

Nach Vorschrift dieses Gesetzes sollen also alle Zeugen, ohne Unterschied ihres Standes, vor ihrer Vernehmung vereidiget werden. Mit diesem Grundsatz des Civilrechts stimmt auch das Canonische Recht überein. Denn Gratian hat die *L.* 9. *C.* in sein Decret[68]) aufgenom-

67) VALER. MAXIMUS *Lib. II. Cap. ult. Ex. ult.* QUINCTILIANUS *Institut. orator.* Lib. V. cap. 7. n. 5. Den meisten Zweifel erregt freylich die Stelle des SENECA de ira. L. II. Cap. 29. De parvula summa iudicaturo, tibi res sine teste non probaretur: *testis sine iureiurando non valeret.* Allein wem fällt hier nicht ein, was WIELING in Lect. iuris civ. Lib. II. cap. 22. pag. 197. sagt: Frustra ex Declamationibus iuris auctoritas petitur.

68) *Can.* 3. *Caus. IV. Qu.* 2.

men, und an mehreren andern Orten [69]) wird die Nothwendigkeit des Zeugeneides eingeprägt. Auch nicht einmal Geistliche werden von dieser Nothwendigkeit ausgenommen, vielmehr verordnet Pabst Honorius III. [70]) ganz bestimmt: Nullius testimonio, quantumque religiosus existat, *nisi iuratus deposuerit*, in alterius praeiudicium debet credi. Zwar findet sich in Gratians Decrete [71]) eine Stelle aus einem Karthaginensischen Concilium vom Jahr 401. wo gesagt wird: Non liceat clericum in iudicium ad testimonium devocari eum, qui praesens vel cognitor fuit, et nulla ad testimonium dicendum ecclesiastici cuiuslibet persona pulsetur; und aus einem Concilium zu Rheims wird an einem andern Orte angeführt [72]): Nullus ex ecclesiastico ordine cuiquam laico quicquam super sacrosancta evangelia iurare praesumat: sed simpliciter cum veritate et puritate dicat: est, est, non, non. Allein beyde Stellen stehen hier nicht entgegen. Denn jene bezieht sich, wie Berardi [73]) gezeigt hat, auf die ehemaligen Synodalgerichte, und will nicht, daß wenn ein mit dem Ausspruch derselben unzufriedener Theil etwa an die Gerichte des Staats appelliren sollte, einer von den Cognitoren zur Ablegung eines Zeugnißes genöthiget werden solle. Die letztere Stelle hingegen, welche ohnehin

69) *Can.* 20. *Caus. III. Qu.* 9. *Cap.* 5. *X. et cap.* 47. *X. h. t.*

70) *Can.* 51. *X. h. t.* Add. *Cap.* 39. *X. eodem.*

71) *Can.* 38. *Caus. II. Qu.* 6.

72) *Can.* 22. *Caus. XXII. Qu.* 5.

73) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. I. Cap. 15. ad can. cit. 38. pag. 164.

ungewissen Ursprungs ist [74]), bezieht sich auf die praxis primitivae ecclesiae, welche aber, wie Marca [75]) schon bemerkt hat, durch die Praxis der neuern Zeiten verdrängt, und weder in Frankreich, noch England, noch in Deutschland befolgt worden ist [76]). Wie wenig die Geistlichen mit Eiden verschont worden sind, beweisen das Chalcedonische, und das dritte Constantinopolitanische Concilium Act. 13. [77]). Und wie hätte denn das *Concilium Moguntinum* Can. 50. verordnen können: *Ne Clerici sint periuri, non falsitatis amantes?* Ich übergehe die Vasalleneide, welche die Geistlichen den Königen der Franken, Gothen und Longobarden leisten mußten [78]), und füge nur noch die ganz entscheidende Verordnung des Pabstes Gregor IX. [79]) hinzu, in welcher er befiehlt, daß die Bischöfe den Gefährdeeid schwören sollen, jedoch ohne Berührung, nur mit Vorlegung des Evangelienbuchs, *sicut in testimonio dicendo*. Diese letzteren Worte beweisen deutlich, daß selbst Bischöfe von dem Zeugeneide keine Befreiung genießen sollen. Nach einer Verordnung des Kaisers Theodos [80]) soll zwar ein Bi-

74) Berardus P. I. Cap. 37. ad can. 22. cit. pag. 316.

75) De concordia Sacerdotii et Imperii. Lib. VIII. cap. 21. §. 5.

76) S. Boehmer ad Can. 22. C. XXII. Qu. 5. not. 89. in Eius edit. Corp. Iur. can. Tom. I. pag. 762.

77) Thomassinus de vet. et nova Eccles. disciplina. P. II. Lib. II. Cap. XLVII. §. 9.

78) S. Gundlingiana P. IV. Nr. 1. §. 13. sqq.

79) *Cap. 7. X. de iuram. calumniae.*

80) *L. 7. Cod. de Episc. et Clericis.* Den Grund, warum die Geistlichen das Evangelienbuch nicht berühren, un-

schoff zur Ablegung eines Zeugnißes nicht genöthiget werden; allein auch dieses Privilegium ist durch ein neueres Gesetz des Kaisers Justinian [81]) wieder aufgehoben worden. In der aus dieser Novelle gezogenen *Auth.* Sed iudex *Cod. de Episcop. et Cleric.* heißt es zwar: Sed iudex mittat ad eos quosdam de suis ministris, ut propositis sacrosanctis Evangeliis, secundum quod decet Sacerdotes, dicant ea, quae noverint, *non tamen iurent.* Allein die letztern Worte sind ein unächter Zusatz vom Irnerius, welcher in der Novelle, woraus diese Authentike entnommen, nicht enthalten ist [82]). Daher wird auch heut zu Tage darauf gar keine weitere Rücksicht genommen [83]). Katholische und protestantische Rechtsgelehrte sind vielmehr jetzt darin einverstanden, daß die Geistlichen von dem Zeugeneide keine Befreiung haben [84]). Dahingegen sind davon ausgenommen 1) fürst-

sucht Gundling in Gundlingianis Stück IV. Nr. 2. §. 11. ff.

81) *Nov. CXXIII. cap.* 7.

82) Rittershusius in Promulside Error. Irnerianor. besonders Richter in Exposit. Authenticar. ad cit. Auth. nr. 14. sqq.

83) *Ern. Gottfr. Christ.* Klügel Diss. Num clericorum testimonium, fide ipsorum munitum, sine iurisiurandi necessitate in negotiis iudicialibus sit validum? *Wittemb.* 1772.

84) *Van* Espen iur. eccles univ. P. III. Tit. 7. nr. 29. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 41. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 20. Boehmer iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 35. Puffendorf Obs. iur. univ. Tom. I. Obs. 179.

liche Personen, deren Versicherung bey fürstlichen Würden die Kraft des Eides beygelegt wird [85]. Eine gleiche Befreiung genießen in mehreren Ländern vermöge besondern Privilegiums, oder kraft eines Gewohnheitsrechts auch 2) die Adelichen [86]. 3) Graduirte Personen [87]. Steht ihnen jedoch kein besonderes Landesgesetz oder eine unbestrittene Landesgewohnheit zur Seite;

85) Reichs-Absch. v. J. 1555. §. 58. Und da ein Churfürst ꝛc. S. *Ant. Balth.* Walther Diss. de valida per testes iniuratos probatione. *Lipsiae* 1730. Cap. II. §. 3. *J. J.* Müller Diss. de fide principum iuriiurando pari. *Jenae* 1704. Mediatisirte Fürsten haben jedoch dieses Privilegium nicht. S. Biener Syst. process. iudiciar. Tom. I. §. 140. et not. 4.

86) Walther Diss. cit. Cap. 2. §. 5. besonders *Car. Frid.* Walch Disquisit. de nobilium testimonio iniurato, *Jenae* 1739. und Malblanc Doctr. de iureiur. §. 79. pag. 223. sq. In Baiern haben siegelmäßige Personen, zu denen der Adel, die Kollegialräthe, und höhern Beamten gehören, das Vorrecht, daß wenn sie in einer Civilsache als Zeugen gerichtlich zu vernehmen sind, ihnen blos die in das Vernehmungs-Protokoll wörtlich einzutragende Eidesformel vom Kommissär vorgelesen, und zur eigenhändigen Unterschrift vorgelegt wird, welche der körperlichen Eidesleistung gleich gilt. S. das Königl. Edict über die Siegelmäßigkeit vom 26. Mai 1818. als Beylage VIII. der Verfassungs-Urkunde des Königreichs Baiern.

87) Z. B. in Baiern. S. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Bav. iudic. 10. Kap. §. 14. S. 347. f. Dieß ist jedoch durch das Edict über die Siegelmäßigkeit aufgehoben. Hellfeld Progr. de iuribus quibusdam Doctorum nobilit. avitae honorif. et utilib. *Jenae* 1758.

so können sie auf eine solche Befreiung keinen Anspruch machen [88]. 4) Wird auch dem Amtseide die Wirkung beygelegt, daß in einzelnen Amtsgeschäften kein neuer Eid erfordert wird, wie dieß bey Aerzten und Wundärzten der Fall ist, welche nicht für einzelne Fälle z. B. Sectionen mehr vereidet, sondern blos auf ihren Amtseid verwiesen zu werden pflegen [89]. Ein gleiches gilt von öffentlichen Personen, wenn sie in Amtssachen ein Zeugniß ablegen sollen; denn außerdem haben sie vom Zeugeneide keine Exemtion [90]. Endlich fällt 5) der Zeugeneid auch dann weg, wenn er mit Einwilligung der Partheyen erlassen worden ist [91].

88) Claproths Einleitung in den ordentl. bürg. Prozeß. §. 281. Malblanc c. l. pag. 224. sq.

89) S. Kleinschrod im Archiv des Criminalrechts. VI. Bd. 1. St. S. 11. §. 16. Tittmann Handbuch des gemeinen peinlichen Rechts. 4. Th. §. 729. S. 382. f. Malblanc c. l. pag. 226. not. 400.

90) *Cap.* 7. *X. de probat.* *Cap.* 6. *X. de renunciat.* S. Walther Diss. cit. de valida per testes iniuratos probatione. Cap. II. §. 6—9. und Biener Syst. process. iudiciar. Tom. I. §. 140. Not. 3. Man sehe auch *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iuris controv. de iudice teste. *Lipsiae* 1771.

91) *Cap.* 39. *et Cap.* 52. *X. h. t.* Westenberg Princ. iur. Digestor. h. t. §. 16. Mevius P. IV. Decis. 76. et P. V. Decis. 242. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß der Richter dabey kein Bedenken finde. *Corn. van* Eck Princip. iur. civ. h. t. §. Examen. pag. 61. und Danz Grundſ. des ordentl. Prozeßes. §. 310. Not. c. Einige Ausnahmen, z. B. in Ehesachen, wenn von Aufhebung der Ehe die Rede ist, macht *J. H.* Boehmer Jur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 37.

Summarische Sachen machen übrigens keine Ausnahme [92]; obwohl in geringfügigen Sachen die Angelobung mittelst Handschlags die Stelle des Eides zu vertreten pflegt [93].

Ist keine dieser Ausnahmen vorhanden, so geschieht die Vereidung der Zeugen in Gegenwart der Partheyen nach vorhergegangener Ermahnung die Wahrheit zu sagen, und Verwarnung vor dem Meineide.

§. 1182.

Einwendungen gegen die Zeugen, und die Artikel. Fragstücke. Deren Haupterfordernisse.

Noch vor der Vereidung der Zeugen muß jedoch der Product mit seinen Einwendungen 1) gegen die Person der Zeugen, und 2) gegen die Erheblichkeit und Zuläßigkeit der Beweis-Artikel gehört werden. Sind diese Einreden nicht so beschaffen, daß die benannten Zeugen oder die Artikel sofort als ganz unzuläßig und verwerflich erscheinen, so geht die Vereidung dennoch vor sich, und die Zeugen werden salvis exceptionibus vernommen [94]. Der Product kann nun auch Fragstücke, *Interrogatoria*, übergeben. Es werden darunter kurze Fragen verstanden, welche zum Theil dahin abzielen, die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen zu erforschen, theils zur Erläuterung der Artikel dienen, und eine bestimmtere Beantwortung derselben veranlassen, oder den Grund der Wissenschaft der Zeugen ausmitteln sollen, worüber dann

92) *Clem. 2. de Verbor. Signific.*

93) Malblanc doctrina de iureiur. §. 79. pag. 226.

94) Danz Grundſ. des ordentl. Prozeßes. §. 308.

die Zeugen, außer den Artikeln, mit zu vernehmen sind [95]. Die Haupterfordernisse derselben bestehen darin, daß sie a) nicht verfänglich, das heißt, nicht auf eine solche Art abgefaßt seyn dürfen, welche die Zeugen durch Zweydeutigkeit des Ausdrucks, oder durch Verbindung wahrer und falscher Umstände zu Aussagen verleiten sollen, die mit des Producenten Absicht nicht übereinkommen. (*interrogatoria captiosa*) b) Nicht unerheblich (*irrelevantia*, *inepta*), d. h. welche nicht zur Sache gehören, und auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen keinen Einfluß haben, kurz, zur Entscheidung nichts beytragen. c) Nicht *criminosa*, quae turpitudinem respondentis continent [96]; d. h. welche der Ehre des Zeugen nachtheilig sind, und dessen eigene Vergehungen betreffen. Man theilt übrigens die Fragstücke ein in die allgemeinen, interrogatoria *generalia*, und die besonderen, interrogatoria *specialia*. Jene betreffen die Person der Zeugen, und solche Thatumstände, aus welchen über die Glaubwürdigkeit derselben geurtheilt werden kann. Letztere werden auf die einzelnen Beweisartikel gerichtet, und werden zu jedem Artikel in der Absicht verfertiget, um über die wahre Bedeutung, den Umfang und die Gründe der einzelnen Aussagen zu den Artikeln bestimmter urtheilen zu können [97]. Es giebt noch eine dritte Art von Artikeln, welche man Präliminar-Artikel zu nennen pflegt. Sie heißen auch gemeine Fragstücke zur Sache. Es werden darunter solche Fragstücke verstanden, welche Thatumstände betreffen, die in

95) Danz §. 284. ff.

96) Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis. §. 196.

97) Danz Grundſ. §. 285. Grolman Theorie des gerichtl Verfahrens. §. 190. besonders Oelze §. 200. u. 201.

den Beweisartikeln nicht berührt sind, und dahin abzwecken, die Absicht des Beweisführers zu entkräften [98]. Da der Product durch diese Fragstücke den Gegenbeweis zu führen sucht, so darf sie der Richter nicht dulden, sondern sie sind gänzlich zu verwerfen [99].

§. 1183.

Vernehmung der Zeugen.

Die Vernehmung der Zeugen geschieht von dem competenten Richter, denn sie ist ein Act der streitigen Gerichtsbarkeit [100]. Ein von einem Notar aufgenommenes Zeugenverhör ist daher in der Regel nicht zuläßig, und hat keine Beweiskraft, wofern es nicht etwa mit beyder Theile Einwilligung vermöge eines Compromisses als gültig anzuerkennen ist [1]. Es muß nun ein Zeuge nach dem andern vernommen werden [2]; und zwar nach dem heutigen Gerichtsgebrauche in Abwesenheit der Partheyen und ihrer Stellvertreter [3]. Dem Römischen Recht scheint dieses nicht gemäß zu seyn. Zwar glaubt man, die heutige

98) Oelze §. 199. Das Canonische Recht scheint ihnen jedoch nicht entgegen zu seyn *Cap.* 39. *X. h. t.* S. Boehmer iur. eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 40.

99) Grolman a. a. O. Hofacker Princ. iur. civ. T. III. §. 4488. in fin.

100) *L.* 14. *C. h. t. Nov. CX. cap.* 5.

1) *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de notario testes examinante. *Halae* 1720. §. 31.

2) *Cap.* 52. *X. h. t. Cap.* 2. *eodem in VIto.*

3) Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XXV. c. 10. Gudelinus de iure noviss. Lib. IV. c. 16. Huber Praelect. ad Dig. h. t. §. 24. Danz a. a. O. §. 311.

Praxis aus der *L.* 14. *Cod. h. t.* erweisen zu können. Allein vergeblich. Schon Gundling [4]) hat ganz klar bewiesen, daß die Worte: praecipimus, omnes, qui in civili scilicet causa suum praebent testimonium, separato — ita *iudicantis secretum* intrare, ut quicunque aures ejus offenderint, non dubitent sibimet formidandum; in der angeführten Constitution des Kaisers Zeno nichts weniger, als jene Deutung haben, sondern der Ausdruck *secretum judicantis* nichts anders, als das Gericht, oder den Gerichtsort bezeichne, und die Tendenz dieser Verordnung hauptsächlich dahin gehe, daß jeder Richter, welcher die Zeugen verhört, die Macht haben solle, dieselben wegen überwiesenen falschen Zeugnisses zu bestrafen, ohne daß die Zeugen sich mit der praescriptio fori oder exceptio privilegii fori sollen schützen dürfen. Dahingegen reden andere Gesetze ganz bestimmt von der Vernehmung der Zeugen in Gegenwart der Partheyen. Dahin gehört

1) Die *L.* 19. *C. h. t.* wo Kaiser Justinian die Richter anweiset, et alterutra parte cessante, et minime eos observare volente, si per executores admoniti venire noluerint, *testes accipere,* et *alterutra parte praesente, quae eos introducit, testimonia eorum capere.*

2) *L.* 18. *C. de fide instrum.* wo Justinian verordnet, Judices ut possint, si hoc perspexerint, occasione testium in aliis locis degentium litigantes vel procuratores eorum ibi destinare, ut, *de-*

4) De testium clandestino examine, in *Gundlingianis* IX. St. Nr. IV. §. 3. S. 373.

positionibus sub utriusque partis praesentia factis, res ad eos referatur.

3) *Nov. XC. cap. ult.* wo es nach Hombergks Uebersetzung heißt: Et ne deinde illis opponatur, *una solum parte praesente* haec gesta esse, eum quoque, qui in ea civitate est, ubi testimonia dantur, a iudice vel defensore civitatum *adesse et testimonia audire oportet.* Si vero adesse nolit, et recusaverit; ut testimonia inutilia sint, quia *una solum parte praesente* dicuntur: sancimus, ut eiusmodi testimonia ita valeant, *ac si ab una parte non essent dicta, sed ipso quoque praesente perhibita fuissent.* Nam si recusaverit, et venire atque testimonia audire noluerit, quamquam in publico versetur, et non possit ex inevitabili quadam necessitate non venire, idem erit, ac si advenisset, nec commodum aliquod ex contumacia sua sentiet: sed videantur quidem *utraque parte praesente* facta, quaecunque vero illi exceptiones contra ea competunt, illis uti liceat:

Man hat diese Stellen auf mancherley Art zu erklären gesucht, bald sollen sie noch der Auslegung der Glosse blos von der Vereidigung der Zeugen in Gegenwart der Partheyen; bald von der Publication der Zeugen-Aussagen zu verstehen seyn; allein wie wenig diese Auslegungen mit den Worten der angeführten Gesetze übereinstimmen, leuchtet in die Augen [5]. Mich. Gottfr.

5) S. *Ant.* Matthaeus de probation. cap. 7. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. XLIII. Th. 33. Heineccius in Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 142. Westenberg Princ. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 16.

Wernher[6]) glaubt zwar, aus dem 4. Kapitel der Nov. 90. erhelle ganz klar, daß die Zeugen wenigstens zu Justinians Zeiten in Abwesenheit der Partheyen wären vernommen worden. Allein es läßt sich eher das Gegentheil daraus erweisen. Denn daselbst wird nur gesagt, daß dem Beweisführer keine vierte Zeugen-Production gestattet werden solle: quod suspicio sit, ne si quid priores omiserint, idque per testimonia iam manifestum factum sit, ille non productionem testium, sed vel eorum, de quibus antea testimonium datum non fuit, additamentum, vel eorum, de quibus testimonium perhibitum est, emendationem desideret; und gerade dieser Grund setzt voraus, daß die Vernehmung der Zeugen in Gegenwart des Zeugenführers geschehen sey. Dieses ergiebt sich noch näher aus den folgenden Worten: Si vero is, qui testimonia producit, ille neque acceperit, neque viderit, nec ipse, nec aliquis ex accusatoribus eius, solus autem adversarius acceperit, et exceptiones opposuerit, — tum etiam quarta productio testium petenti concedenda est, iureiurando prius ab eo praestito, quod testimonia neque acceperit, neque legerit, nec ipse, nec advocatus aliquis, aut procurator ejus; neque dolo malo, neque machinatione, neque arte quartam testium productionem petat, sed quod denuntiatis testimoniis prius uti non potuerit. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß der Gerichtsgebrauch hierin

und *S. G. K.* Observat. iur. civ. de examine testium secundum principia iuris Rom. *Lipsiae* 1776.

6) Lectiss. Commentat. in Pand. P. II. h. t. §. 20.

den Röm. Recht nicht folgt, weil man besorgt, daß die Anwesenheit der Partheyen oder ihrer Anwälte auf die freie Aussage der Zeugen, auf Subornation anderer Zeugen, und dergleichen schädlich einwirken könnte. Die Vernehmung der Zeugen ohne Beyseyn der Partheyen und ihrer Anwälte schien daher räthlicher zu seyn, theils weil die Anwesenheit beyder Anwälte bey jedem Zeugenverhör die Kosten beträchtlich vermehren würde, theils weil der Richter durch die Gegenwart des Actuars, das Gebot, das Protocoll den Zeugen vom Actuar wörtlich vorlesen zu lassen, und durch die Publication der Zeugen-Aussagen hinreichend controllirt ist [7].

§. 1184.

Zeugen-Rotulus, und dessen Publication.

Nach Vernehmung der Zeugen werden die Aussagen derselben in einen Rotulus [8]) gebracht. Es wird darunter eine unter öffentlicher Auctorität gefertigte, und mit dem Gerichtssiegel versehene Urkunde verstanden, worin das beym Zeugenverhör beobachtete Verfahren vollständig beschrieben ist, und die Zeugenaussagen aus den Vernehmungs-Protocollen so zusammengestellt und geordnet sind,

7) S. von Gönner Motive zum Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren in bürgerl. Rechtssachen. 2. B. 2. Abth. S. 490. f.

8) Das Wort *Rotulus* bedeutet eigentlich eine zusammengerollte Schrift, und wird daher mit *Rollus*, Rolle, und Rodel für gleichbedeutend genommen. Dann nannte man auch überhaupt Gerichts-Acten rotuli, weil man sie zusammenzurollen pflegte, wie DUFRESNE in Glossario ad Scriptor. mediae et infim. Latinitatis Tom. II. voc. *Rotulus* und *Rollus* gezeigt hat.

daß man bey jedem Artikel und Fragstücke sogleich die Aussagen sämmtlicher darüber vernommenen Zeugen beysammen findet. Der Zweck dieses Zeugen-Rotulus ist, dem Richter das Lesen der Zeugenaussagen dadurch zu erleichtern. Zu diesem Zweck hat daher auch der jüngste Reichs-Abschied [9]) die Verfertigung desselben befohlen. Dieser Rotulus wird vorerst versiegelt zu den Acten gelegt, dann zur Eröffnung desselben ein Termin anberaumt, auf welchen die Partheyen vorgeladen werden. Es kann dieses von richterlichen Amtswegen, oder auch auf Ansuchen der Partheyen geschehen [10]). Ein Dritter hat kein Recht, die Publication des Zeugen-Rotulus zu verlangen [11]). Es ist jedoch diese Ladung eine blos monitorische [12]). Die feierliche Publication besteht nun darin, daß der Richter den Rotel in Gegenwart der erschienenen Partheyen entsiegelt, ihn offen zu den Acten legt, und den Partheyen Abschriften davon gestattet [13]). Ist diese einmal geschehen, so ist der Regel nach keine Beweisführung mehr zuläßig. Ob nicht aber wenigstens dem Producten noch ein Gegenbeweis zu gestatten sey, ist in der Theorie des Prozesses bestritten [14]). Die Praxis

9) vom J. 1654. §. 52. „damit der Richter aller Zeugen Aussagen auf einen jeden Artikel allezeit unter Augen haben könne, und des sonst nothwendigen vielfältigen Aufsuchens oder mühsamen Extrahirens überhoben bleibe". Von der Einrichtung eines Zeugenrotulus handelt Danz Grundſ. des ordentl. Prozesses §. 388. und Oelze §. 258.

10) Danz. §. 390.

11) *Cap.* 30. *X. h. t.* Boehmer iur. eccl. Protest. Lib. II. Tit. 20. §. 42.

12) Danz. §. 391.

13) Oelze Anl. zur gerichtl. Praxis §. 260. Danz §. 393. und Hofacker Princ. iur. civ. T. III. §. 4490. Die Vorlesung des Zeugen-Rotulus ist heut zu Tage nicht mehr üblich. Jüngst. R. Absch. §. 54. Danz Grdſ. §. 393. Biener Syst. process. iudiciar. T. I. §. 162.

14) S. *Jo. Jac.* Mayer Disp. an reprobatio post attestatorum publicationem admittenda sit? *Altorfii* 1716.

hingegen erlaubt in der Regel auch nicht einmal einen weiteren Gegenbeweis [15]). Will also der Producent noch einen neuen Beweis, oder der Product einen Gegenbeweis führen, sofern ihnen kein Beweistermin entgegensteht; so müssen die Partheyen gegen die angekündigte Publication des Rotulus protestiren [16]).

§. 1185.

Hauptverfahren über den geführten Beweis, oder Disputirsätze. Pflicht des Richters bey Prüfung der Zeugenaussagen.

Nach Publication des Zeugen-Rotulus erfolgt noch das Verfahren über den geführten Beweis, wodurch der Punct, ob und wie viel erwiesen sey, erörtert wird [17]). Der Product bringt zuerst seine Einreden gegen die Beweisführung vor, welche dann der Producent in seiner Gegenhandlung zu widerlegen sich bemüht [18]). Der Producent sucht nun seine Beweisführung in ihrer ganzen Stärke dem Richter darzustellen, und die Mängel der Beweisführung des Gegentheils zu zeigen. Jene Schrift nennt man die Impugnationsschrift, diese aber die Salvationsschrift, beyde aber werden Disputirsätze, Disputationssätze, Beweisdeductionen [19]) genannt, zuweilen folgt auch noch eine Replik und Duplik [20]). Ist

15) Dieses scheint auch der *Clem.* 2. *h. t.* (II. 8.) und dem jüngst. R. Absch. §. 73 zu entsprechen. S. Boehmer iur. eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 20. §. 43. *Ge. Lud.* Boehmer Princ. iur. canon. §. 797. Es können indessen Ausnahmen Statt finden. *Cap.* 26. *Cap.* 35. *et Cap.* 48. *X. h. t.*

16) Danz Grundf. § 392. und Hofacker Princ. iur. civ. Tom. III. §. 4490. Biener Syst. proc. iudic. Tom. I. §. 162.

17) *Cap.* 15. *X. h. t. Cap.* 31. *X. eodem.* Reichs-Dep. Abschied von 1600. §. 135. Jüngst. R. Absch. §. 56. 57.

18) Jüngst. R. Absch. a. a. O.

19) Oelze Anleit. zur gerichtl. Prax. §. 264 — §. 276.

20) Biener P. I. §. 165.

dieses Verfahren geschlossen, so muß über die Beweisführung erkannt werden. Der Richter hat nun hier sowohl die Person der Zeugen und deren Glaubwürdigkeit, als den Inhalt ihrer Aussagen genau zu prüfen. Der Richter hat also zu erwägen

1) ob die Zeugen ihre Aussagen auf eigne unmittelbare Wahrnehmung gegründet, oder ihre Wissenschaft blos vom Hörensagen oder von einem blos verbreiteten Gerücht hergeleitet haben. Nur in dem ersten Fall, wenn die Zeugen darüber deponiren, was sie selbst gesehen oder gehört haben, und was in ihrer Gegenwart vorgefallen ist, kann ihr Zeugniß als gültig angesehen werden; in dem letztern Falle hingegen beweist ihr Zeugniß in der Regel nichts, ausgenommen, wenn von so alten Sachen die Rede ist, daß andere Zeugenaussagen nicht wohl möglich sind[21]. Dahin gehört, wenn die Sache über Menschen Gedenken hinausgeht[22].

2) Besonders aber hat der Richter darauf zu sehen, ob die Zeugen einen Grund ihrer Wissenschaft angegeben haben. Denn ohne Angabe eines Grundes beweisen die Aussagen eines Zeugen nichts[23]. Dieser Grund darf aber nicht aus bloßen Vernunftschlüßen und Muthmasungen, oder bloßem Dafürhalten des Zeugen, sondern aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung hergenommen, und vollkommen concludent seyn[24].

21) *L. 28. D. de probat. Cap. 13. X. eodem. Cap. 5. et 47. X. de testib.* Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2 B. §. 1709.

22) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 41. WERNHER select. Obs. for. T. I. P. II. Obs. 34. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 73 und Th. 4. Bed 156.

23) *L. 4. Cod. de test. Can. 15. Caus. III. Qu. 9. Cap. 21. X. eodem.* Zeugenaussagen ohne Angabe eines Grundes werden in der *Nov. XC. Cap. 2.* vana et in transitu facta testimonia genannt, und von ihnen gesagt, quod nulla plane ratione valeant.

24) *Jo. Salom.* BRUNQUELL Diss. de ratione dicti testium. *Jenae* 1732. §. 4. u. §. 31. Thibau: System des Pand. Rechts. 3. B. §. 1171.

Ob aber

3) die Aussagen der Zeugen **bejahend** oder **verneinend** sind, darauf kommt an sich nichts an. Man pflegt zwar die Regel zu geben: *Plus creditur uni testi adfirmanti, quam mille negantibus* [25]; allein diese Regel ist, so allgemein genommen, offenbar falsch. Ein verneinender Zeuge ist so vollgültig, als ein **bejahender**, wenn jener hinlängliche Gründe seines Verneinens anführt [26]. Denn auf der Angabe der Gründe beruhet allein der Werth und die Gültigkeit des Zeugnißes. Führen beyde Zeugen, der bejahende und verneinende, Gründe ihrer Wissenschaft an; so muß der Richter die Gründe beyder Zeugnisse gegen einander abwiegen, um zu bestimmen, ob das bejahende oder verneinende mehr für sich habe. Z. B. der verneinende Zeuge konnte den Vorgang genauer wissen, weil er seine eigne Handlung betrifft [27]. Sollten die Gründe beyder Zeugen einander die Waage halten, welches aber freilich ein seltner Fall seyn wird; so ist dem Verneinenden der Vorzug zu geben, weil dieser den unveränderten Zustand des Objects, der Bejahende aber eine Veränderung desselben behauptet [28]. Aus allem ergiebt sich also nun soviel, daß ein Zeuge, der eine Thatsache bejahet, vor demjenigen, welcher sie verneinet, nur dann den Vorzug verdient, wenn sein Zeugniß mehrere innere Wahrscheinlichkeit, d. i. mehrere reelle Möglichkeit für sich hat, oder wenn er seine Behauptung mit mehreren und stärkern Gründen unterstützt hat, als der verneinende Zeuge.

25) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Spec. CCLXXXVI. medit. 1.

26) Hommel Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 48. Müller Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. I. Obs. 499.

27) Struben rechtl. Bedenken. 1. Th. Bed. 77.

28) von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. 1. Th. VII. Absch. § 33. S. 187.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 22,1

Erlangen (1820)

J.rom.c. 137-22,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565416-5
VD18 90225228